

A COMPREENSÃO CÊNICA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E
JULGAMENTO CRIMINAL NO BRASIL

Categoria: Concurso de teses

1. INTRODUÇÃO

No Brasil há práticas e ritos do cenário jurídico que adquirem o manto de sagrado e seguem avessos a críticas ao longo do tempo. Sua força é tamanha que quando menos se espera o sagrado assume forma legal. A partir daí, o grau de questionamento sobre os mesmos se torna ainda mais restrito. É exatamente isso o que vem acontecendo com a posição cênica ocupada pelas partes nas salas de audiência e sessões dos tribunais brasileiros, ao menos quando se trata do exercício da pretensão acusatória estatal.

Nada obstante, é preciso questionar, colocar sob dúvida o estado de normalidade que parece imperar, perquirir a razão de ser das coisas para, se necessário, transformá-las (PRADO, 2006).

Propõe-se, pois, questionar o porquê de uma das partes estar fincada à direita do sujeito processual responsável pela elaboração do provimento jurisdicional. E neste sentido, convém frear a corrida dos demais sujeitos processuais por um lugar privilegiado, como se chegou a cogitar acerca da posição a ser ocupada pelo Defensor Público na sala de audiências após a edição da Lei Complementar 132/2009, que lhe garantiu o direito de “sentar-se no mesmo plano do Ministério Público” ao acrescentar o §7º ao artigo 4º da Lei Complementar 80/1994.

Embora aos membros do Ministério Público seja assegurada por força de lei a prerrogativa de assento ao lado do Magistrado¹, “a validade de uma normatividade tem de estar aberta à comprovação discursiva” (MOREIRA, 2004, p. 170). Desse modo, a posição do Ministério Público e da parte contra

¹ Cf. art. 18, I, a da LC 75/93 e art. 41, XI, da Lei 8.625/93

quem este dirige a acusação, devidamente acompanhada de seu defensor, seja ele público ou privado, não pode mais estar escorada numa pretensa razão fundada na tradição dos ritos.

Dito isso, o viés discursivo pelo qual deve ser submetido o tema só pode ser aquele que passa pela necessária filtragem constitucional das normas processuais, pois na lição de Jorge de Figueiredo Dias há que se ter em mente “o mandamento de que a interpretação e aplicação dos preceitos legais se perspective *a partir da Constituição* e se leve a cabo *de acordo com esta*”. (2004, p. 75).

Isso implica uma inevitável revisão da própria noção de processo, pois é na concepção constitucional deste – alicerçada num extenso rol de garantias no qual o próprio processo se inclui como garantia primeira (PRADO, 2006) – que se encontrará um caminho adequado para a reformulação da compreensão cênica da instrução e do julgamento de natureza criminal no Brasil.

2. O PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL: PROCEDIMENTO REALIZADO EM CONTRADITÓRIO ENTRE PARTES.

2.1. Crítica à teoria do processo enquanto relação jurídica

Não se pode negar a incontestável contribuição da teoria do processo enquanto relação jurídica – cujo principal expoente foi OSKAR VON BÜLOW, com a publicação em 1868 de “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais” – para o desenvolvimento do Processo Penal. A partir da mesma, o acusado retoma o papel de sujeito de direitos, deixando, enfim, de ser visto, ao menos do ponto de vista científico, como mero objeto do processo (TORNAGHI apud PELLEGRINI, 2003).

Nada obstante, já há algum tempo o processo enquanto relação jurídica vem sendo veementemente contestado pela Doutrina. Como adverte GONÇALVES “o problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica” (1992, p. 97). Isso porque se toma como base para o enlace normativo entre os sujeitos da relação jurídica um conceito individualista de direito subjetivo desenvolvido no século XIX difícil de ser adaptado ao processo, qual seja o poder de exigir uma determinada conduta de outrem.

Desse modo, pouco importa se o processo é visto como uma relação jurídica linear, angular ou triangular, pois como adverte Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini:

(...) todas essas teorias padecem do mesmo problema, pois como estruturam o processo como relação jurídica, é necessário verificar como se dá o enlace normativo entre os sujeitos da relação jurídica. Portanto, todas essas teorias se apoiam na compreensão civilista da teoria da relação jurídica, que se liga ao conceito de direito subjetivo e baseada na autonomia da vontade. Assim, a relação jurídica sempre será ligada à relação entre dois sujeitos, compreendida como vínculo entre dois sujeitos, no qual um pode exigir do outro que realize uma conduta, ou, na formulação inversa, vínculo no qual um sujeito deve uma prestação negativa ou positiva, que o outro pode exigir. Como se depreende, a relação jurídica é um vínculo de sujeição ou supra-ordenação, no qual um sujeito tem poder sobre a conduta do outro. (PELLEGRINI, 2003).

Observa-se, assim, o porquê da afirmação de Aroldo Plínio Gonçalves antes mencionada. O problema da teoria da relação jurídica é que esta foi erguida sobre um conceito de direito subjetivo cada vez mais contestável. Compreendido este como um vínculo de sujeição, resta indagar, como o faz PELLEGRINI (2003), onde estaria o vínculo de sujeição do autor frente ao réu e vice versa ou destes frente ao órgão julgador?

Fica claro, portanto, que, tomando como ponto de partida a Constituição Federal, o processo precisa ser visto sob outro enfoque e o que melhor se amolda a esta realidade é aquele que o vislumbra como procedimento em contraditório entre partes (FAZZALARI apud GONÇALVES, 1992).

2.2 O processo enquanto procedimento realizado em contraditório entre partes

A partir e sob a influência de BÜLOW, a Doutrina do direito processual civil apercebeu-se da necessidade de distinguir o processo do procedimento. Até então, o processo havia sido absorvido no próprio procedimento, compreendido este como a sucessão dos atos constitutivos do “rito de aplicação judicial do direito”. (GONÇALVES, 1992, p. 63).

A Doutrina que seguiu como dominante capitaneada pelo jurista alemão tomou como base o critério teleológico para distinguir os dois institutos. Segundo tal critério, o processo se distingue por seu fim, tal seja o escopo de operar a própria função Jurisdicional do Estado, ao passo que o procedimento

é encarado como a mera sucessão lógica de atos, desprovida de qualquer finalidade (PELLEGRINI, 2003).

O problema do critério teleológico consiste em negar ao procedimento um fim. Como bem destaca Aroldo Plínio Gonçalves: (1992, p. 66):

(...) se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade de existência do procedimento), para a existência do, ou desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada. (GONÇALVES, 1992, p. 66).

O que se propõe em substituição ao critério teleológico é um critério lógico de compreensão dos institutos. (GONÇALVES, 1992). Antes de se distinguirem, processo e procedimento apresentam uma relação de gênero e espécie. O processo é um procedimento, só que marcado pelo contraditório, elemento que o especifica.

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. (GONÇALVES, 1992, p. 102).

A especificação do processo dar-se-á em função do contraditório. Sempre que as partes puderem contribuir em “simétrica paridade” (FAZZALARI apud GONÇALVES, 1992) para a elaboração do provimento – compreendido este como um ato estatal de caráter imperativo – ter-se-á processo. A classe dos processos - sejam eles jurisdicionais, administrativos, legislativos ou

arbitrais – caracteriza-se pela participação dos interessados no provimento em igualdade de condições (GONÇALVES, 1992).

A teoria de FAZZALARI é a que mostra maior conformidade com a Constituição vigente. Ao dar especial relevo ao contraditório, a teoria ressalta o papel que as partes têm na construção democrática do provimento jurisdicional. Abandona-se de uma vez a falsa ideia de que numa relação de submissão as partes aguardam passivamente a “bondade” (COUTINHO apud ROSA; SILVEIRA FILHO, 2009, p. 88) do órgão jurisdicional.

Desse modo, inexistindo uma reconstrução participada da verdade que se pode alcançar no procedimento que busca o acertamento do “caso penal” (COUTINHO apud ROSA; SILVEIRA FILHO, 2009 p. 68), não se pode falar em processo e o risco que daí advém é a negação das próprias garantias processuais.

2.3. O contraditório revisitado

Até aqui, pôde-se observar que a concepção de processo enquanto procedimento em contraditório é a que encontra maior compatibilidade com a Constituição Federal, mormente se levado em conta a previsão expressa do contraditório em seu texto (art. 5º, LV), associada à necessidade de fundamentação dos provimentos jurisdicionais (art. 93, IX) e ao caráter acusatório do Processo Penal (art. 129, I).

Nada obstante, do mesmo modo que é necessário superar determinadas concepções acerca do processo, faz-se imprescindível revisitar o contraditório (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2009). Este não pode mais ser concebido como a mera participação das partes no processo. Compreendido como o elemento capaz de modificar toda a teoria dominante do processo, o contraditório deve ser encarado como a garantia de participação das partes na construção do provimento jurisdicional em simétrica paridade.

Inserida no contexto do contraditório a ideia de que a produção do provimento deve se dar em função da construção daquilo que é trazido pelas partes em igualdade de condições, devem ser abolidas do processo quaisquer posições de vantagem que não tenham por fim a própria construção democrática do provimento.

3. A CONDIÇÃO DE PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Um dos maiores entraves ao reconhecimento do Processo Penal enquanto um processo que se desenvolve entre partes tem como ponto de partida a transposição acrítica de conceitos oriundos do Processo Civil (MELERO apud LOPES JÚNIOR, 2011). Com efeito, o Processo Penal possui características próprias que não se pode deixar de levar em conta quando da afirmação de que este se desenvolve entre partes.

No Processo Penal, não faz sentido ver o Ministério Público como credor de uma pena, a exemplo do que ocorre com o credor no Processo Civil. Isso

porque não é ele o titular do direito de punir (LOPES JUNIOR, 2011). Embora este também caiba ao Estado, as funções de pedir a providência estatal punitiva e de penar encontram-se claramente demarcadas pela imposição de um sistema de caráter acusatório.

É imprescindível frisar que a realização do Direito Penal não se dá fora do âmbito do processo. A aplicação da pena, ao contrário do pagamento de uma dívida, não ocorre fora do processo, daí porque devem ser afastadas noções e conceitos próprios do Processo Civil quando da análise da condição de parte do órgão responsável pela acusação.

Assim, a condição de parte do Ministério Público no Processo Penal não pode tomar como base uma pretensa titularidade do direito estatal de aplicar a pena. Sua condição de parte decorre do direito potestativo de acusar, da pretensão acusatória, como bem define Aury Lopes Júnior (2011), e do fato deste direito criar um estado de tensão com a resistência oferecida pela parte contrária, independentemente da assunção de determinados ônus processuais por parte desta, haja vista a presunção de inocência e a indisponibilidade do direito de defesa. Por óbvio, esse estado de tensão que surge a partir da pretensão acusatória levada a cabo pelo órgão ministerial rege-se dentro do processo pelo contraditório, entendido este como a construção participada do provimento jurisdicional, reforçando, assim, a condição de parte daquele que é responsável pela persecução penal.

Logo, no Processo Penal deve-se entender por partes aquele que formula e aquele contra quem se formula a pretensão acusatória objeto do Processo Penal (LOPES JÚNIOR, 2011), e que irão, discursivamente, oferecer

elementos para a elaboração do provimento jurisdicional (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2009), razão pela qual não se pode negar ao Ministério Público, diante de sua atribuição constitucional de promover a ação penal, a condição de parte.

É preciso esclarecer que o papel de fiscal da lei não desnatura a condição de nenhuma das partes, seja ela a que acusa seja a que se defende. Mesmo o julgador, sujeito processual a quem se impõe certa equidistância, tem o dever de fiscalizar a correta aplicação da lei. Como bem adverte Rubens Casara, “o Ministério Público, como qualquer outra Agência Estatal, não detém o monopólio da fiscalização do direito”. (2011, p. 752).

Rubens Casara (2011) também chama atenção para o fato de que o Ministério Público, como não poderia deixar de ser, tem sua atuação pautada pelo princípio da legalidade, que para o Estado manifesta-se, ao contrário do que se dá com o particular, de forma positiva, autorizando ou determinando uma atuação. Daí porque o Ministério Público tem o dever de pedir a absolvição quando não vislumbrar fundamentos para a condenação, sem perder com isso a condição de parte no Processo Penal. É preciso lembrar que a pretensão processual desenvolvida pela acusação é satisfeita tanto com a condenação quanto com a absolvição do acusado (LOPES JÚNIOR, 2011).

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COMPREENSÃO CÊNICA PRATICADA NO BRASIL

Fixadas as premissas mencionadas, resta claro que os dispositivos legais que garantem aos membros do Ministério Público assento ao lado do órgão jurisdicional não guardam a devida sincronia com o texto constitucional. Do mesmo modo, inconstitucional interpretação que dê ao § 4º do art. 7º da Lei Complementar 80/94 o sentido de que ao Defensor Público é assegurado *locus* diferente do atual dentro das salas de audiência.

Embora tradicionalmente aceita, alicerçada em mitos como a “imparcialidade”, a condição de “fiscal da lei”, o ridículo de uma das partes restar, num Processo Penal de matiz acusatória, sentada ao lado do órgão jurisdicional já foi notada há tempos por Ada Pelegrini Grinover (apud CASARA, 2005):

É sem dúvida condenável a postura corporativa que quer reivindicar para os operadores jurídicos de determinada categoria uma posição de privilégio com relação à outra. Aliás, vale lembrar que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no art. 25, V, determina, como direito do advogado, o de tomar assento à direita dos juízes de primeira instância. E amanhã a Lei Complementar da Defensoria Pública poderá prescrever a mesma prerrogativa, em benefício dos integrantes da carreira. O que é no mínimo lamentável, quando não ridículo.

A concepção de processo aqui adotada, cuja validade discursiva teve como ponto de partida o texto constitucional, é incompatível com privilégios estabelecidos em favor de uma das partes que não guardem nenhuma relação com o caráter garantista do mesmo. Há que se ter em mente que as formas, os signos e as estruturas processuais produzem efeitos concretos e sua validade encontra-se sujeita à condição primeira de proteger o imputado (CASARA, 2005).

Em verdade, a luta desmedida pela manutenção do *status quo*, fundada em argumentos pouco convincentes, guarda nítida relação com o passado autoritário que se quer deixar para trás e que passa, necessariamente, pelo amadurecimento das instituições (PRADO, 2006). Assim, a busca por uma vaga ao lado do órgão jurisdicional mostra que o ciclo de autonomia de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública ainda está longe de se ver completo.

É imprescindível, pois, adequar a estrutura das salas de audiência e sessões dos Tribunais ao que a Constituição impõe. O devido Processo Penal desenvolve-se entre partes, que, através de participação em simétrica paridade, buscam ver reconhecidos seus argumentos no provimento final. Logo, o espaço físico onde se desenvolve a construção do provimento há de refletir tal condição.

Os efeitos negativos da posição atualmente ocupada pelas partes nas salas de audiências e sessões dos Tribunais são conhecidos. Vão desde as conversas ao pé do ouvido, muitas das quais levam à própria construção desigual do provimento, até a forma como a defesa é encarada por testemunhas e pelo próprio imputado, minando a ideia de contraditório antes formulada, cujo fundamento é a própria Constituição.

É importante salientar que o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a posição do órgão do Ministério Público na Justiça Militar afastou a equivocada ideia de que caberia a este se sentar juntamente com o órgão responsável pelo provimento:

magistratura frente a ato que, em última análise, implique o afastamento de aspecto revelador da equidistância, consideradas as partes do processo, como e o caso da cisão da bancada de julgamento, para dar lugar aquele que atue em nome do Estado-acusador. DEVIDO PROCESSO LEGAL - PARTES - MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA - PARIDADE DE ARMAS. Acusação e defesa devem estar em igualdade de condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que desague em tratamento preferencial. A "par condicio" é inerente ao devido processo legal (ADA PELLEGRINI GRINOVER). JUSTIÇA MILITAR - CONSELHO DE JUSTIÇA - BANCADA - COMPOSIÇÃO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR - ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A Lei Complementar n. 75/93, reveladora do Estatuto do Ministério Público, não derogou os artigos 400 e 401 do Código de Processo Penal Militar no que dispõem sobre a unicidade, nos Conselhos de Justiça, da bancada julgadora e reserva de lugares próprios e equivalentes a acusação e a defesa. Abandono da interpretação gramatical e linear da alínea "a" do inciso I do artigo 18 da Lei Complementar n. 75/93, quanto a prerrogativa do membro Ministério Público da União de sentar-se no mesmo plano e imediatamente a direita dos juízes singulares ou presidentes de órgãos judiciários. Empréstimo de sentido compatível com os contornos do devido processo legal. (BRASIL, STF. RMS 21884, Relator Marco Aurélio, 1994).

5. CONCLUSÃO

A garantia constitucional que assiste às partes de participar de modo paritário no processo não se coaduna com prerrogativas que não tenham sido instituídas com a finalidade de diminuir desigualdades reais existentes dentro do processo.

Desse modo, a "prerrogativa" de quem quer que seja de sentar ao lado do órgão incumbido da elaboração do provimento jurisdicional não passa de mero privilégio, que há muito já deveria ter sido abolido.

Embora previsto em lei, tal privilégio não resiste perante o cotejo com a concepção de processo erguida sobre o contraditório e as demais garantias que revestem o Processo Penal constitucional pátrio.

É imperioso, pois, alterar a compreensão cênica das salas de audiências e sessões dos Tribunais, colocando o Ministério Público no lugar que lhe cabe, reconhecendo-o como parte. Isso não implica, de modo algum, no

rebaixamento da instituição. Ao revés, estar-se-á a reconhecer a relevância das atividades que lhe incumbem e, principalmente, a fortalecer sua autonomia em relação ao órgão jurisdicional.

Do mesmo modo, o art. 7º, §4º, da Lei Complementar 80/94 deve ser interpretado de forma que garanta a equidistância necessária ao exercício do contraditório, refutando-se qualquer tentativa de assegurar ao Defensor Público *locus* diferente daquele atualmente assegurado à defesa.

A compreensão cênica das salas de audiências não pode ser vista pela perspectiva de carreiras, como se o imputado fosse o que menos interessa. É para sua proteção que há o processo e todas as garantias o acompanham.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS 21884, Relator Marco Aurélio de Melo, 1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28paridade+armas+justi%E7a+militar+acusa%E7%E3o+e+defesa%2EEMEN%2E+OU+paridade+armas+justi%E7a+militar+acusa%E7%E3o+e+defesa%2EIND%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 set. 2011.

CASARA, Rubens R. R.. ***Um banquinho, o ministério público e a constituição***: em busca de um espaço público republicano. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.151, p. 6-7, jun. 2005.

CASARA, Rubens R. R.. A imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal Brasileiro: um mito a ser desvelado. In BONATO, Gilson (Org.). ***Processo penal, constituição e crítica***: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 743-755.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ***Direito Processual Penal***. Coimbra: Coimbra, 1974.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. ***Técnica processual e teoria do processo***. Rio de Janeiro: Aide, 1992

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. ***Direito processual penal e sua conformidade constitucional***. 6ª ed. Vol. 1 . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. ***Direito processual penal e sua conformidade constitucional***. 7ª ed. Vol. 2 . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOREIRA, Luiz. A fundamentação do direito em Habermas. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. ***O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzolari***. *Virtuajus*, a. 2, nº 1, agosto de 2003. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

PELLEGRINI, Flaviane de Barros Magalhães. ***O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo***. *Virtuajus*, a. 3, nº 1, julho de 2004. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/producaodocente.html>>. Acesso em: 01 set. 2011.

PRADO, Geraldo. ***Sistema acusatório***: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. ***Para um processo penal democrático***: crítica à metástase do sistema de controle social. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.