XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

A DECISÃO DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS RESPOSTA À ACUSAÇÃO E A INEFETIVIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

LA DECISIÓN DE VISTA AL MINISTÉRIO PÚBLICO DESPUÉS DE LA RESPUESTA A LA ACUSACIÓN Y LA INEFETIVIDAD DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATÓRIO

Guilherme Schroeder Abreu
Ana Claudia da Silva Abreu

Resumo

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer limitações ao Poder Estatal, implicitamente revela como modelo de condução Processual Penal, o Sistema Processual Acusatório. Sendo o processo o instrumento para implementação de direitos e garantias, o atendimento ao formalismo procedimental para o exercício do direito de punir Estatal torna-se inerente e imperativo ao processo. Quando pela determinação de vista ao Ministério Público após a resposta à acusação, as regras procedimentais forem desatendidas, surge por este pressuposto o problema quanto ao desrespeito ao formalismo processual e as garantias inerentes ao Sistema Processual Acusatório a desencadear na inefetividade do atual modelo processual penal brasileiro.

Palavras-chave: Sistema acusatório, Procedimento, Garantias processuais, Inefetividade.

Abstract/Resumen/Résumé

La Constituición Federal de 1988, al establecer limitaciones al Poder Estatal, implícitamente revela como plantilla de conducción Procesal Penal, el Sistema Procesal Acusatório. Por ser el processo lo instrumento para implementación de derechos y garantías, la atención al formalismo procedimental para el ejercício del derecho de punir Estatal se hace inherente y imperativo al proceso. Cuando la determinación de vista al Ministério Público después de la respuesta a la acusación, las reglas procedimentales sean desatendidas, surge por este presupuesto el problema cuanto al desrespecto al formalismo procesal y las garantías inherentes al Sistema Procesal Acusatório a desencadenar en la inefetividad de la atual plantilla procesal penal brasileño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sistema acusatório, Procedimiento, Garantías procesuales, Inefetividad.

1. INTRODUÇÃO

O que se propõe desenvolver neste trabalho decorre de um caso concreto[1]. No âmbito do procedimento processual inerente à referida situação prática, após o oferecimento de denúncia e resposta à acusação, determinou o julgador vista ao Ministério Público (MP) com a consequente conclusão para decisão.

Por este pressuposto, determinação de vista ao MP após resposta à acusação, revela-se o problema no que tange à possibilidade de afronta ao sistema processual penal acusatório, modelo adotado ao processo penal brasileiro, o qual deriva da Constituição Federal de 1988, responsável pela assunção a um Estado Democrático de Direito.

Frente à referida problematização, uma vez que, ao procedimento aplicável ao caso concreto não há previsão legal para que se oportunize vista ao MP após a resposta, bem como de que por este pressuposto se esteja a afrontar os elementos e garantias processuais inerentes ao Sistema Acusatório, o presente trabalho foi estruturado em três partes.

A primeira é dedicada à narrativa do sistema processual penal acusatório e aos elementos e garantias que o compõem.

Na segunda será feita a abordagem ao procedimento comum ordinário bem como da decisão de vista ao MP após o oferecimento da resposta à acusação.

Na terceira, após a disposição de todo conteúdo atinente ao sistema acusatório e ao procedimento comum ordinário, será efetuado o paralelo entre o modelo acusatório, o rito ordinário e a decisão de vista ao MP após a resposta à acusação.

Tal abordagem comparativa é direcionada a constatar se a referida decisão de vista ao MP após a resposta, inexistente para o rito comum ordinário, colide com o sistema processual penal acusatório, no intuito de constatar e concluir se a partir de uma situação pontual (caso concreto) há aproximação ou afastamento no que tange à efetivação e satisfação deste modelo processual ideal de garantias (acusatório).

[1] Opta-se aqui por não revelar a comarca, parte e número dos autos a fim de preservar os sujeitos do processo.

2. A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO HISTÓRICO AO MODELO ESTATAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os contextos históricos são determinantes no que tange ao regime governamental de determinado Estado. A partir deste pressuposto, também o arcabouço legislativo estará influenciado pela ideologia adotada. Neste sentido (LOPES JR, 2005, p. 150) menciona que "na lição de J. GOLDSCHMIDT, los princípios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general".

Não imune à hipótese acima referida, o Estado Brasileiro já vivenciou um momento histórico restritivo (autoritário) e atualmente se depara formalmente com uma realidade de natureza democrática, justificada pela Constituição Federal de 1988 a estabelecer um atual Estado de Direito.

Portanto, como salientado, um determinado momento histórico também é condicionante no que é pertinente à legislação. E, a partir desse parâmetro, mas com especificidade ao Processo Penal, oportuna se apresenta uma abordagem dos sistemas processuais penais, que são modelos de condução do processo penal. São eles: o acusatório, o inquisitório e o misto.

Não obstante todo o contexto histórico que envolve os referidos modelos processuais opta-se aqui por uma análise restrita ao sistema/modelo processual acusatório, sem prejuízo de pontuais comparações necessárias com o modelo inquisitório.

Tal corte analítico justifica-se tendo em vista o respeito ao método de abordagem disposto na introdução deste trabalho, no qual, se crê suficiente ao objetivo, pois dentre os modelos processuais existentes (acusatório, inquisitório e misto) o acusatório é o que deriva de um Estado Democrático de Direito, do qual o Brasil se insere.

2.1 O MODELO GARANTISTA COMO PRESSUPOSTO

Porém, antes de ingressar na alusão aos elementos que compõem o sistema acusatório, entende-se necessário melhor estabelecer qual o parâmetro teórico aqui considerado, o qual, por sua vez, é o que justificará não só o porquê da abordagem particular ao mencionado modelo, como também o motivo da utilização acima do referencial Estado de

Direito, do qual, como dito, é dedutível a aplicação ao processo penal de um sistema de natureza acusatório.

Ante referida preocupação, deixa-se claro, para este trabalho, a adoção da concepção garantista de Luigi Ferrajoli, a qual para além do formalismo tem-se como frente de batalha a satisfação[2], tanto no plano legislativo como judicial, do seu contexto substancial.

Esta perspectiva substancial de observância obrigatória, como se disse, significa o atendimento e respeito aos conteúdos previstos nas constituições, que para a realidade brasileira estão rigidamente protegidos no texto constitucional (art. 60 §4 IV ambos da CF).

O referido conteúdo substancial se traduz, pois, na positivação constitucional do que se denominam direitos fundamentais (art. 5 e §2 da CF) os quais por estarem protegidos (esfera do não decidível)[3] representam não só uma limitação ao Estado, no sentido de respeito aos direitos lá (constitucionalmente) inseridos, como também no dever deste para a máxima realização daqueles direitos.

Assim, como mencionado, não obstante a existência destes direitos constitucionalmente previstos, necessária é sua satisfação, que se dará também pela previsão de garantias. Revela-se, portanto, que direitos e garantias são proposições distintas como alerta (ROSA, 2006, p. 101) ao dispor:

> Logo, a percepção da diferença entre *direitos* e *garantias* é condição de possibilidade para compreensão da maneira pela qual o Constitucionalismo moderno e as declarações de *Direitos Humanos* geram impacto no modelo de Estado e nas suas práticas, eis que a confusão terminológica impede a efetivação dos direitos em face das *garantias* que lhe servem justamente de elemento *garantidor/implementador*. Sem mecanismos hábeis, como disse **Warat**, os *Direitos Fundamentais* são como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão as cumprir.

Com base nisso, nessa ideia de limitação, o modelo garantista de Ferrajoli está calcado em onze axiomas[4] os quais são condições para responsabilização penal. De tais princípios erige-se, portanto, o que (FERRAJOLI, 2004, p. 93) denomina de:

> Modelo garantista de derecho o de responsabilidade penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho o de responsabilidade penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo el pensamento

[2] Porque não plenamente realizável.
[3] Inclusive pela vontade de uma maioria.
[4] Consoante dispõe (FERRAJOLI, 2004, p. 93) são se ordem penal e processual. Aos de ordem penal exige-se: crime, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade. Os processuais são: jurisdição, acusação, prova e defesa. A estes axiomas FERRAJOLI afirma que também podem ser compreendidos como, respectivamente, os princípios da retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova e contraditório.

> iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más ou menos íntegra y rigorosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en princípios jurídicos del moderno *estado de derecho*.

É por intermédio deste parâmetro (teoria do garantismo de Ferrajoli) que se explica o porquê da alusão ao Estado de Direito e da necessidade de abordagem do sistema acusatório como modelo atualmente aplicável ao processo penal brasileiro.

Isso se justifica, uma vez que a Constituição brasileira de 1988 prevê direitos e garantias (art. 5) – direitos fundamentais – os quais correspondem ao ideal de um Estado de Direito do qual extrai-se para o Processo Penal um sistema/modelo de cunho acusatório.

2.2 OS ELEMENTOS DO MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Diante das referidas constatações quais sejam: de que a realidade histórica repercute no modelo de Estado e sua respectiva legislação, e que a partir disso o Brasil está norteado por um Estado de Direito, que para o Processo Penal nos revela a adoção, mesmo que implícita, de um modelo/sistema acusatório, é passível de agora em diante que se faça uma abordagem do referido modelo acusatório no que tange as suas características, que pela harmonia de seus elementos permite assim denominá-lo.

Para tanto, é o que na sequência se propõe a fazer.

2.2.1 Da Separação de Funções

Adotando o método aludido, a primeira característica a ser salientada é a separação de funções. Neste sentido afirma (ZILLI, 2003, p. 38) “que acordam os processualistas, todavia, no sentido de constituir a separação equilibrada de poderes exercidos ao longo da persecução penal o seu traço fundamental”.

Assim, o fato de a iniciativa e condução de um processo penal acusatório apresentar “participantes” bem determinados, cujas funções estão divididas a um órgão responsável pela interposição de uma ação penal, ou seja, o acusador, um órgão julgador, e finalmente aquele

que desempenhará a defesa, já seria para muitos[5] suficiente para diferenciar os modelos processuais penais e identificar o modelo quando considerado um determinado ordenamento jurídico.

Desse modo, em contraposição ao modelo inquisitório – aqui historicamente considerado – o que se verifica é a ausência da concentração de funções de acusar e julgar atinentes ao inquisitório, o qual de acordo com (LOPES JR, 2005, p. 157), "transformava o processo em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado".

Não sendo esta a postura adotada pelo modelo acusatório, pois aqui o ideal é que se estabeleça uma disputa com lealdade por intermédio da separação de funções, cumpre apresentar a segunda característica que, como as demais que aqui serão mencionadas decorrem da primeira, a revelar, portanto, uma cadeia lógica que justifica denominá-lo de sistema acusatório.

2.2.2 Da Igualdade de Tratamento

Em consequência disso, numa relação processual assim concebida, o que se apresenta no que tange ao tratamento das partes é, em substituição a um duelo desigual, uma disputa que ao menos se inicia, em tese, em igualdade de condições, assumindo o julgador efetivo papel de garante no referente às regras procedimentais, bem como em observação a cada caso concreto, da permanência do equilíbrio traçado.

O que se almeja deixar claro é que a igualdade de tratamento é um elemento deste modelo processual, posto como um modelo ideal, que por óbvio pode estar mais ou menos próximo no que tange a sua efetivação. Neste sentido dispõe (FERRAJOLI, 2006, p. 42):

> Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável.

Diante disso, é claro que ao considerar a realidade brasileira, é evidente a diferença ao menos estrutural, para citar um parâmetro, entre o Ministério Público e a Defensoria

[5] Sabe-se que somente a separação de funções é insuficiente para se constatar se determinado ordenamento adotado o modelo acusatório, pois o princípio informador, que é o responsável e adequado a esta identificação é a gestão da prova, a qual para o acusatório depende de iniciativa das partes e para o inquisitório também propicia esta iniciativa ao juiz.

Pública. Entre o Ministério Público e a grande maioria dos acusados, que sequer tem condições econômicas para contratação de advogados, restando-lhes defensores dativos, dos quais muitos são desinteressados, realizando defesas puramente formais, até porque a contraprestação financeira é simbólica se comparada ao do órgão acusador.

Assim, frente às diferenças existentes numa relação processual, no intuito de efetivar o modelo processual acusatório, o que se propõe aqui é que o julgador assuma a postura de garantidor de uma relação processual equilibrada, levando em consideração a prevalente realidade brasileira acima exposta, respeitando os direitos constitucionais e as regras processuais em compatibilidade (substancial) com a Constituição, ou seja, não se engajando na atividade persecutória ou favorecendo-a, para a qual o Ministério Público é o responsável.

Desse modo, pelas primeiras características quanto ao modelo acusatório, já se começa vislumbrar um esboço sistêmico ante a relação de seus elementos, pois a separação de funções propicia, por lógica, a igualdade de tratamento, o segundo elemento do sistema acusatório aqui elencado.

2.2.3 Da Inércia da Jurisdição

Em continuidade à lógica de exposição, o terceiro elemento que aos outros se vincula é o da atuação do órgão julgador.

Esta se traduzirá teoricamente pela provocação das partes que compõem uma determinada relação processual penal. Ou seja, está identificada pela inércia do juiz, numa estreita relação com o chamado princípio do *ne procedat judex ex officio*, que nas palavras de (SOUZA NETTO, 2000, p. 59) “trata-se de um dos componentes mais incisivos do sistema acusatório, pois exige a separação do Juiz e acusador”, o que pelo mesmo autor, “vem a assegurar a própria imparcialidade do Juiz, condição fundamental, para a jurisdição, do que decorre a exigência da sua inércia mas, principalmente, o imprescindível limite à extensão do poder, no julgamento.”

Por conseguinte, referido elemento se exprimirá tanto no momento de iniciativa de se gerar um processo, como principalmente na gestão da probatória. Esta, por sua vez, tem por significado especificar a quem cabe a responsabilidade de produção das provas. Para este modelo incumbe às partes, mas notadamente ao órgão acusador, já que pelo princípio de tratamento e de julgamento da presunção de inocência, prevista no artigo 5 inciso LVII da

CF, direciona-se o ônus da prova a quem acusa, o qual deve reverter, pela prova, o inocente em culpado. Conforme (CARVALHO, 2003, p. 16):

> A caracterização dos modelos processuais será realizada de acordo com a posição do magistrado no processo. No sistema acusatório, regido pelo *princípio do juiz espectador*, o magistrado é um sujeito passivo tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova, estando, em consequência, rigidamente separado das partes, principalmente do órgão acusador, para assegurar a imparcialidade.

Pelo exposto e notadamente pela colocação acima de CARVALHO, somente a separação de funções (item 2.1.1) não se apresenta como característica suficiente, ou melhor, segura a afirmar que tendo em vista determinado ordenamento processual penal se está adotando o modelo acusatório.

Pelo contrário, mesmo que relevante seja a separação de funções, aliada a ela deve estar a inércia do julgador, a qual deve também repercutir, como mencionado, na gestão/produção probatória, que não deve ser uma responsabilidade do Juiz, sob pena de se fulminar, pelo menos em relação à instrução processual, a imparcialidade deste, pois ao se permitir uma postura ativa na produção de prova, não se terá um julgador, mas um julgador-acusador.

Definido o terceiro elemento, a *inércia do* julgador¸ e elucidado a partir disso que o ônus da prova no processo penal cabe às partes, com enfoque no órgão acusador, dessa premissa decorre que da prova ou argumento produzido há necessidade de valoração quando da decisão.

2.2.4 Dos Sistemas de Valoração da Prova

A este sistema processual (acusatório) adequado é o sistema de apreciação denominado de “livre” convencimento motivado ou persuasão racional[6].

Assim, por este sistema de apreciação o Juiz, conforme (SOUZA NETTO, 2000, p. 85) “pode levar em consideração para a sua própria decisão, cada elemento legalmente admitido no processo, sem estar ligado a qualquer vínculo que atribua valor privilegiado a um

[6] Neste sentido SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Curitiba: Juruá, 2000. p. 84. “A Revolução Francesa foi o marco da transição do sistema da prova legal (prova hierarquizada) para o sistema de livre convicção do Juiz. As mudanças legislativas, pós revolução, reconheceram a importância do Juiz para valorar a prova, de acordo com cada caso concreto.”

elemento em detrimento de outro", mas que, não obstante, sempre requer uma motivação dentre os elementos colhidos.

Ainda nesse contexto, de acordo com (DUCLERC, 2004, p. 158-159), deve tal sistema de apreciação "ser entendido apenas como uma vedação às chamadas provas legais, previamente estabelecidas pelo legislador quanto ao modo de valoração".

Conclui-se, portanto, pela quarta característica anunciada que o julgador está vinculado ao conteúdo probatório produzido pelas partes (gestão da prova), motivo pelo qual não há plena liberdade, sob pena de se recair num sistema de convicção íntima, no qual há decisão, mas em que a motivação é desnecessária.

Ressalta-se, então, que a persecução penal está a depender, não só da iniciativa do órgão acusador na proposição da ação penal e da produção de provas (notadamente por este), mas também pela valoração destas pelo Juiz, o qual, a fim de que reste preservada sua imparcialidade, deve motivar sua decisão consoante as provas lá contidas (persuasão racional), tratando-se de uma característica do modelo acusatório que tem por objetivo minimizar a subjetividade do julgador.

Minimizar, uma vez que, por ser o modelo garantista/acusatório um modelo ideal, conforme acima mencionado, (FERRAJOLI, 2006, p. 42) admite a possibilidade de discricionariedade nas decisões. Neste sentido estabelece que:

> A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos, a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo "verdadeiro" quanto os critérios de aceitação da "verdade" no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade.

Por essa razão, por se tratar de um modelo ideal, é que (FERRAJOLI, 2006, p. 43). crê ser possível que um modelo garantista/acusatório "convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas"

2.2.5 Dos Direitos Fundamentais Processuais

Outro aspecto inerente ao modelo acusatório é o de estar relacionado a existência de direitos processuais (juiz natural, devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a

presunção de inocência, a publicidade, oralidade, imediatidade, recursos e coisa julgada) os quais são pertinentes à caracterização deste modelo processual.

Não obstante, dentre eles, alguns serão destacados por serem pertinentes ao raciocínio proposto para este trabalho, qual seja, o de propiciar condições para que se possa concluir se a partir do pressuposto-problema do despacho de vista ao MP após a resposta à acusação, se estará ou não atendendo ao modelo acusatório, ou seja, se mais próximo ou não da efetividade deste modelo.

a) Do Devido Processo Legal

Justifica-se dar início com o devido processo legal, uma vez que, referido princípio agrega todos os demais que na sequência serão mencionados.

Previsto no artigo 5 inciso LIV da CF, o devido processo legal remete à existência de pressupostos mínimos dirigidos à finalidade de um processo justo. Conclui neste sentido (SARLET, *et. al.*, 2014, p. 704) ao afirmar que:

> O direito ao processo justo constitui *princípio fundamental* para organização do processo no Estado Constitucional. É modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas.

Sendo o alcance de decisões justas a finalidade do devido processo legal, a partir de requisitos mínimos, conforme acima aludido, em continuidade a sua definição este direito fundamental processual também é compreendido por duas vias. Por uma delas se tem o devido processo substancial (*substantive due process)* que por (BADARÓ, 2014, p. 39):

> É capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações (e omissões) do Poder Público. A cláusula erigiu-se, com isso, num requisito de 'razoabilidade' (*rasonableness)* e de 'racionalidade' (*rationality)* dos atos estatais, o que importa num papel de termômetro axiológico acerca da *justiça* das regras de direito.

Não obstante (SARLET, *et. al*., 2014, p. 704-705) faz crítica à dimensão substancial ao afirmar ser desnecessário pensar referido direito para além do seu segundo desdobramento, qual seja: processual. Isso porque, de acordo com (SARLET, *et. al*., 2014, p. 704-705) além da razoabilidade e proporcionalidade estarem erroneamente compreendidas neste direito

fundamental, ao revés de serem extraídas da liberdade e igualdade, socorrer-se do caráter substantivo para a tutela de direitos fundamentais implícitos é um recurso despropositado, já que, o artigo 5 §2 da CF revela-se uma cláusula aberta ao reconhecimento dos direitos fundamentais.

Pelos diversos temperamentos acima, o direito fundamental do devido processo legal à luz de um Estado Constitucional não se limita apenas a um limitador a arbitrariedades do Estado, mas na efetivação dos direitos por intermédio de um processo justo[7].

Referido processo justo, salientado por (SARLET, *et. al.*, 2014) trata-se de um conceito aberto e por conta disso estabelecem os autores (SARLET, *et. al.*, 2014, p. 706-707) um conteúdo mínimo a ele:

> O direito ao processo justo conta, pois, com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista da "divisão do trabalho" processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

É claro que por se tratar de um conteúdo mínimo, não se deve esquecer a relação do devido processo às particularidades do direito material e o seu direito processual correlato, conforme alerta (SARLET, *et. al.*, 2014, p. 708).

Diante disso, à seara criminal, objeto de análise deste trabalho, "o processo penal é antes de qualquer coisa um anteparo ao arbítrio do Estado e funciona como garantia de liberdade da pessoa diante do Estado" (SARLET, *et. al.*, 2014, p. 708), razão pela qual justificam os autores a necessidade de uma estrutura para materializar o devido processo legal consoante cada matriz, seja civil, penal ou trabalhista, por exemplo.

Por essa razão que este direito fundamental deve necessariamente ser observado pelo legislador no que tange ao imperativo da elaboração das normas processuais, bem com pelos que compõem o judiciário, notadamente o juiz, em consonância ao parâmetro constitucional. Neste sentido também o esclarece (SUANNES, 2004, p. 240) afirmando que:

> O devido processo legal, nos dias de hoje, é entendido como a exigência de: "a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*,

[7] Este é o raciocínio de (SARLET, *et. al.* 2014).

> segundo o desdobramento da concepção norte-americana). b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal estritamente concebida mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito) através do instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é processo (*judicial process*); c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Constata-se, então, pelos desdobramentos atinentes ao devido processo legal, que o legislador está vinculado às premissas constitucionais, com repercussão no âmbito de uma relação processual propriamente dita.

Para tanto, será o processo o instrumento que assegurará o cumprimento das normas advindas da imposição constitucional do devido processo e de todas as demais garantias processuais, tendo o zelo de garantir por este instrumento (processo) um duelo leal que deve ser garantido pelo julgador (papel que cabe ao judiciário na efetivação deste direito fundamental processual).

b) Do Contraditório

Pelo pressuposto do devido processo legal, o contraditório lhe é inerente como também ao modelo acusatório de aplicação do Processo Penal, já que, forjado numa bem delimitada separação de funções, em que deve preponderar a igualdade de tratamento das partes no transcurso da relação processual. Para tanto, não há como se concretizar uma paridade de tratamento às partes se não for garantido o elementar direito ao contraditório.

Daí que cumpre já adiantar o que Fazzalari, por (MORAIS DA ROSA, 2006, p. 259) vem conceber no contexto de uma relação jurídica. Essa, então, passa ser entendida como um procedimento em contraditório, evocando a relevância de tal elemento, como garantia dependente de controle nos casos concretos por parte do órgão incumbido da preservação daquelas, qual seja o Estado-Juiz. Nesse sentido salienta ainda (MORAIS DA ROSA, 2008, p. 75-76) que:

> Invertendo-se a lógica do *senso comum teórico dos juristas*, o processo é um procedimento realizado por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal, entre o Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica. Por isso a necessidade de se entender o exercício da *Jurisdição* a partir da estrutura do *processo como procedimento em contraditório*, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao *princípio do contraditório* e o papel do juiz na condução do feito. Neste pensar o *contraditório* precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, **com**

> **paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado**. Rompe-se, outrossim, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de contraditório. É preciso mais. É preciso a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final. (grifo nosso)

Em decorrência, a função do juiz não se identifica com a das partes, sendo responsável pela regularidade atinente à produção probatória, em que o resultado do encargo daqueles será considerado em ato inerente ao do julgador, qual seja, a decisão final.

Mas, sem prejuízo do que já se esclareceu, cumpre ainda salientar à luz do que dispõe (MORAIS DA ROSA, 2006, p. 264), em alusão a Fazzalari, que o contraditório ainda pode ser concebido em duas etapas, quais sejam: da informação e da reação. Deve-se mencionar que a primeira é uma exigência que recai ao Estado e consequentemente deve ser garantida por seu representante, o Juiz, ou seja, naquela tarefa de garantia da regularidade/equivalência processual. Já a segunda é sucedâneo da primeira.

Contudo, o contraditório atualmente não se restringe à informação e reação, está além disso. Deve zelar pela da paridade de armas, tarefa que incumbe ao julgador. Desse modo, conforme (OLIVEIRA, 2013, p. 43) o contraditório "também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma *intensidade* e *extensão*. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade".

Assim, um contraditório equitativo, proporcional é peça fundamental para que se mantenham hígidas todas as demais características e garantias processuais atinentes ao modelo acusatório. O respeito ao modo de ser do contraditório consoante (OLIVEIRA, 2013, p. 43) é um "verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo ao acusado". Daí a relevância da referida garantia e a responsabilidade do julgador quanto ao propósito de efetivá-la, cuja consequência quanto ao desatendimento poderá repercutir na nulidade processual, pois em desrespeito ao modelo acusatório.

d) Da ampla defesa

Interligada ao contraditório que impõe o direito à participação (informação e reação em mesma extensão e intensidade), a ampla defesa preocupa-se com uma defesa efetiva.

A realização da ampla defesa vem bem sintetizada por (OLIVEIRA, 2013, p. 47) ao dispor que "pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da *defesa técnica*, da *autodefesa* e, finalmente, por *qualquer meio de prova* hábil a demonstrar a inocência do acusado".

Com isso não é bastante propiciar o contraditório, devendo junto a este ser garantida não só a defesa pessoal (auto defesa) com também uma defesa técnica efetiva.

Para que fique claro é insuficiente, tendo em vista o procedimento criminal, que em resposta a acusação apenas oportunize uma manifestação. Para garantir a efetividade da ampla defesa imprescindível é uma resposta por defesa técnica, a qual não deve ficar restrita ao arrolamento de testemunhas. Cabe ao juiz fazer valer a regra procedimental em consonância com o princípio constitucional em apreço.

Ademais, pela síntese de (OLIVEIRA, 2013) para se dar efetividade a ampla defesa há inclusive a possibilidade de se suplantar determinadas limitações constitucionais e de regras procedimentais, desde, é claro, que favorável ao acusado e nunca à acusação. Tais permissivos evidenciam-se pela admissibilidade de provas ilícitas a favor do réu, e na possibilidade de produção probatória mesmo que fora da oportunidade prevista em procedimento[8].

e) Da publicidade, oralidade e imediatidade

Disso tudo, decorre ainda estar o *procedimento* informado pela *publicidade*, a qual terá repercussão na postura do Juiz dentro de uma relação jurídica, ou seja, como um dos instrumentos de controle quanto à *imparcialidade* do julgador, ante a possibilidade de acesso, em regra, externo (da sociedade) e interno (das partes) ao procedimento processual desencadeado.

Ademais, consoante (LOPES JR, 2005, p. 154) deve também este modelo pautar-se predominantemente pela oralidade, em detrimento de um modelo exclusivamente escrito, cuja forma, por sua natureza, desencadeia outros princípios informadores, dentre eles o da

[8] É o que (OLIVEIRA, 2013, p. 46) defende ante a redação do art. 189 do CPP, o qual permite a indicação de provas pelo acusado quando do interrogatório. Atualmente, pela redação do art. 400 do CPP o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento. E não obstante isso, o referido autor, em atendimento à ampla defesa efetiva, exemplifica no sentido de que em nome daquela seja viável a indicação de provas pelo réu, mesmo após a instrução.

imediatidade. Sua essência está no contato do juiz com as partes, o que, para este sistema, torna-se uma regra destacada ante sua relação com a produção probatória, vislumbrada, por exemplo, no ato de interrogatório e de oitiva de testemunhas.

Assim, não obstante o que já se mencionou quanto ao livre convencimento motivado, calcado na eleição motivada de elementos probatórios produzidos, é de se destacar que antes há uma relação pessoal juiz-partes em que essa imediatidade se materializa.

Desse modo, em que pese o objetivo principal seja o de compor os elementos do modelo acusatório, no que tange ao princípio em apreço (imediatidade), este pode desencadear, mesmo que estando tudo reduzido a termo, a predileções do julgador, coadunando-se ao pensamento de (COUTINHO, 2001, p. 6):

> A questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – em particular no processual penal -, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da "segurança jurídica", "verdade" e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.

Não se negando a impossibilidade de total segurança dos mecanismos de controle ao resultado de um processo, até porque o modelo acusatório é uma modelo ideal, consoante admite o próprio (FERRAJOLI, 2006, p. 42) os expedientes retóricos e de imunização, em cada caso concreto, conforme dispõe (COUTINHO, 2001), evidenciam, na verdade, o modo de agir de determinados julgadores, numa autêntica violação à imparcialidade.

Portanto, conforme já mencionado, o modelo acusatório com seus elementos afins, compõem uma estrutura de garantia, de limitação ao Poder Estatal, em que o julgador assume papel de extrema relevância para a (in)efetividade deste modelo de condução do Processo Penal.

Portanto, antes de tudo, se faz necessário o conhecimento, pela maioria dos juízes, desta estrutura jurídica acusatória que, por sua vez, já seria um grande avanço para a efetivação do sistema processual penal que deve ser.

3. DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO E A DECISÃO DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após a apresentação deste referencial de condução processual penal (modelo acusatório) cumpre, na sequência, abordar o procedimento comum ordinário, bem como enfatizar o problema atinente a este trabalho.

A problematização reside na determinação judicial de vista ao Ministério Público em determinada fase do rito ordinário. A partir disso, o que se buscará evidenciar é se tal determinação judicial de vista ao MP é (in)compatível aos pressupostos do sistema processual acusatório e ao procedimento comum ordinário.

3.1 DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO

Com a Lei 11.719/08 o Código de Processo Penal foi objeto de reforma pontual no que é pertinente aos procedimentos.

Assim, pela nova redação do artigo 394 do CPP o procedimento pode ser especial e comum. Este, por sua vez, pode ser classificado em ordinário, sumário e sumaríssimo, cujo critério de distinção, consoante o parágrafo 1 e incisos I, II e III é a quantidade da pena máxima prevista abstratamente ao crime.

Aplica-se o procedimento comum ordinário aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade seja igual ou superior a quatro anos. Por sua vez, será aplicado o procedimento sumário em crimes cuja pena máxima privativa de liberdade seja inferior a quatro e superior a dois anos, pois o rito sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/95, é aplicado aos crimes de pena máxima privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos, consoante prevê o artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais.

Satisfeito o critério de identificação do rito a partir do pressuposto de um fato criminoso, cumpre demonstrar em específico o procedimento comum ordinário (objeto deste trabalho).

O referido rito inicia-se com a propositura da denúncia ou queixa-crime, a depender se o crime é de ação penal de iniciativa pública ou privada. Com o oferecimento da denúncia

(opta-se por esta, uma vez que é mais usual) esta será remetida ao Juiz, o qual pode rejeitá-la, com fundamento no artigo 395 do Código de Processo Penal (CPP) pelos seguintes motivos:

a) Inépcia (inciso I). Caracteriza-se pelo aspecto formal da peça, ou seja, quanto à necessidade de atendimento aos requisitos do artigo 41 do CPP, quais sejam: exposição do fato criminoso com suas circunstâncias, qualificação do acusado, classificação do crime e se existentes, o rol de testemunhas. Em que pese existam posições divergentes quanto a estes requisitos, como por exemplo, da necessidade de capitulação do crime, dos elementos constantes do artigo 41 do CPP, relevante é a exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, uma vez que, uma adequada narração propicia o atendimento à ampla defesa ao acusado quando da oportunidade do contraditório.

b) Falta de pressupostos processuais e condições da ação (inciso II). De classificação variável na doutrina, essencialmente os pressupostos processuais são apresentados como de existência (ex.: necessidade de juiz – juiz natural) e de validade (ex.: juiz competente, ausência de coisa julgada, perempção, etc.). Já as condições da ação podem ser genéricas (fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade das partes e justa causa)[9] e específicas (representação, requisição, decretação de falência para proposição da ação penal, atendimento a súmula vinculante 24, trânsito em julgado no cível para a proposição de ação penal quando da prática do crime do artigo 236 do CP, etc.).

c) Falta de justa causa (inciso III). Evidencia-se quando há falta de elementos investigativos ou informativos atinentes à autoria, materialidade ou de ambos.

Não ocorrendo a rejeição liminar, o rito prossegue com o recebimento da denúncia com a determinação de citação do acusado para oferecer em 10 dias resposta à acusação, consoante prevê o artigo 396 do CPP.

No que é pertinente a resposta à acusação, o conteúdo desta vem disposto no artigo 396-A do CPP. Este prevê uma abertura defensiva quando dispõe que nesta peça defensiva pode-se alegar tudo o que interesse a defesa, sendo uma autêntica regra que se coaduna à extensão e intensidade do princípio do contraditório. Por outro lado, a ampla defesa também aqui é considerada, pois o parágrafo 2 [10] do artigo 396-A estabelece a necessidade dessa peça defensiva, a ponto de quando não apresentada, dever o juiz nomear defensor dativo.

É claro que a ampla defesa não se limita à necessária interposição da resposta, mas sem dúvida já se trata de uma previsão legal voltada a sua efetivação.

---

[9] Classificação proveniente de AURY LOPES JR.

[10] Art. 396-A, parágrafo segundo: Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor, o juiz nomeará defensor para oferece-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Considerada a possibilidade de abertura defensiva na resposta à acusação, seu conteúdo pode novamente compreender os incisos do artigo 395 do CPP, pois não há preclusão *pro judicato*, uma vez que, mesmo recebendo a denúncia, por entender presentes todos os requisitos do artigo 395, pode o defensor discordar no que tange a eles ou alguns deles, a ponto de convencer o julgador a reverter a decisão de recebimento, anulando-a e, consequentemente rejeitando-a. Ademais, esta possibilidade vem, ainda, reforçar a aplicação do princípio da ampla defesa.

Quanto à inexistência de preclusão *pro judicato* (Lopes Jr 2012, p. 931):

> Como explicamos anteriormente, pensamos que o juiz poderá desconstituir o ato de recebimento, anulando-o, para a seguir proferir uma decisão de rejeição liminar. Isso porque não existe preclusão *pro judicato*, ou seja, nada impede que o juiz desconstitua seu ato e a seguir pratique aquele juridicamente mais adequado. E mais: nada impede que o juiz, após a resposta escrita, se convença da ausência de alguma das condições da ação e rejeite a denúncia anteriormente recebida.

Sem prejuízo quanto a abordagem do artigo 395 do CPP, na resposta também está autorizada defesa pelo artigo 397 do CPP, com a arguição de causas a ensejar a absolvição sumária do acusado, as quais são:

a) A existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato.

b) A existência manifesta de causa excludente da culpabilidade de agente, salvo inimputabilidade.

c) A atipicidade do fato, tanto formal quanto material.

d) Causas extintivas de punibilidade.

Verifica-se que pelo artigo 397 do CPP, o conteúdo defensivo, ao revés do artigo 395 é de direito material, o qual para a decretação da absolvição sumária exige certeza quanto aos requisitos acima mencionados.

Uma vez não ocorrendo a reversão do recebimento da denúncia (caso alguma hipótese do artigo 395 do CPP tenha sido alegada) ou não tendo sido considerada alguma tese defensiva prevista no artigo 397 do CPP, o juiz receberá a denúncia, designará audiência de instrução e julgamento a ser realizada num prazo máximo de 60 dias, consoante as disposições dos artigos 399 e 400 do CPP.

Em resumo até a presente fase do rito ordinário dispõe (Badaró 2014, p. 431):

> Uma vez citado, e depois de apresentada a resposta, o juiz terá as seguintes opções: (1) rejeitar a denúncia ou queixa, nos termos do artigo 395; (2) absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses do artigo 397; (3) receber a denúncia, em

decisão fundamentada, e designar audiência de instrução e julgamento (CPP, art. 399).

Na audiência de instrução e julgamento serão produzidas provas, na qual, conforme o artigo 400 do CPP haverá a oitiva da vítima, das testemunhas de acusação e defesa (se arroladas), a oitiva de peritos (se houver perícia e entenderem as partes seja necessário, mediante prévia solicitação ao juiz), acareações e reconhecimento de pessoas e coisas (se necessário) e por fim o interrogatório, o qual é imprescindível por ser um ato de defesa pessoal positiva/negativa, ou seja, é uma oportunidade na qual o acusado pode manifestar-se ou ficar em silêncio a respeito do fato que lhe é imputado de acordo com o que se garante pelo artigo 5 inciso LXIII da CF e 186 do CPP.

Concluída a audiência de instrução e julgamento, o artigo 402 do CPP propicia o pedido de realização de diligência(s) que podem decorrer da instrução. Uma vez inexistindo, ou sendo indeferido o pedido de diligência(s) (art. 403 *caput* do CPP), serão oportunizadas alegações finais orais sucessivas à acusação e defesa, num prazo de 20 minutos, passível de prorrogação por mais 10 minutos, com a consequente prolatação, em audiência, de sentença.

Em caso de diligência deferida (art. 404 e seu parágrafo único) ou de causa complexa ou de denúncia com vários réus¸ as alegações finais serão por memoriais em prazo sucessivo à acusação e defesa de cinco dias, com prolatação de sentença em gabinete no prazo de 10 dias, consoante o parágrafo 3 do artigo 403 do CPP.

Em suma, seguem objetivamente as fases do procedimento comum ordinário:

a) Oferecimento de denúncia ou queixa.

b) Possibilidade de rejeição liminar.

c) Em caso de negativo de rejeição: recebimento, citação e designação de prazo para resposta.

d) Em caso negativo de rejeição ou absolvição sumária: designação de audiência de instrução e julgamento.

e) Audiência de instrução e julgamento.

f) Alegações finais orais como regra e por memoriais excepcionalmente.

g) Sentença em audiência ou gabinete em caso de alegações finais orais ou por memoriais, respectivamente.

3.2 DA DECISÃO DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

A determinação judicial, no bojo de uma relação processual, de vista dos autos seja ao órgão acusador seja à defesa, pode ser considerada como um ato material no qual se visa, prioritariamente, a satisfação das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante o ato de vista dos autos materialize, ou melhor, dê efetividade as garantias do contraditório e da ampla defesa, cumpre tendo em vista o procedimento processual penal descrito no item acima (3.1), verificar quando se apresenta adequado propiciar o julgador vista às partes.

Se considerado o procedimento comum ordinário (objeto de análise no item 3.1) o ato de dar vista atinente a um ato processual pretérito dar-se-á em regra:

a) Após o oferecimento da denúncia, não tendo sido esta rejeitada liminarmente pelo juiz, uma vez que necessário garantir ao acusado o contraditório e a respectiva ampla defesa.

b) Às partes quando alguma delas apresentar algum documento (prova), o qual pode ser apresentado em qualquer fase do processo consoante permite o artigo 231 do CPP.

c) Após a realização de diligência (art. 402 do CPP) requerida por alguma das partes, que decorra da audiência de instrução e julgamento.

d) Ao acusado depois do oferecimento de alegações finais, por memoriais, pela acusação.

Evidenciadas as oportunidades admitidas legalmente a que o julgador propicie vista dos autos do processo, torna-se agora cabível revelar o problema que motiva a construção deste trabalho.

A problematização tem por pressuposto caso concreto pelo qual houve a determinação pelo julgador de vista ao Ministério Público após o oferecimento da resposta a acusação.

Como restou esclarecido acima, quando da abordagem do procedimento comum ordinário, após o oferecimento da denúncia, uma vez não tendo sido esta rejeitada liminarmente, determinará o juiz a citação do acusado para no prazo de 10 (dez) dias apresentar resposta à acusação.

Após a necessária apresentação da reposta, cujo teor defensivo é amplo (tudo o que interesse a defesa – art. 396-A do CPP) o rito comum ordinário determina ante a redação do artigo 397 *caput*, que após o cumprimento do disposto no artigo 396-A, o juiz deverá absolver

sumariamente o acusado quando verificar a(s) hipótese(s) de absolvição sumária alegada(s) pela defesa e previstas no referido artigo.

Ademais, quando da apreciação do rito ordinário, prejudicado o artigo 398, pois revogado, o artigo 399 prevê, uma vez não tendo sido acatadas pelo juiz as teses defensivas da resposta, o recebimento da denúncia com a designação de audiência de instrução e julgamento.

Referido resgate do procedimento ordinário vem justificar que a determinação de vista pelo julgador à acusação, após o oferecimento de resposta a acusação, não está previsto no presente rito, sendo, portanto, o pressuposto da problematização deste trabalho.

Desse modo, em suma, naquele caso concreto houve: denúncia, citação, resposta a acusação, vista ao Ministério Público e conclusão para decisão. Ou seja, antes de decidir o julgador se absolvia ou não sumariamente o acusado (art. 397) ou reconsiderava o recebimento da denúncia (inexistência de preclusão *pro judicato*) propiciou vista ao Ministério Público.

Tal modo de agir do julgador revela, portanto, a problematização deste trabalho, o qual tem por pressupostos:

a) Um caso concreto.

b) A aplicação do rito comum ordinário ao crime objeto daquele caso concreto.

c) A oportunização pelo julgador, neste rito, de vista ao Ministério Público após a resposta à acusação.

d) Que o ato de dar vista ao Ministério Público após a resposta à acusação no rito ordinário, não está previsto em lei.

e) Que a partir disso propiciou duas manifestações para a acusação e uma para a defesa.

Diante de tais pressupostos que culminam no problema, erigem-se os seguintes questionamentos:

a) Há erro quanto ao procedimento (*error in procedendo*), ante a ausência de previsão legal de vistas ao Ministério Público após o oferecimento da resposta à acusação?

b) Uma vez que se conclua pelo desatendimento ao procedimento (letra a), que características ou garantias processuais correlatas ao sistema acusatório foram violadas?

c) A oportunização de vista ao Ministério Público, em momento distinto às hipóteses de cabimento para o rito ordinário, aproxima-se ou afasta-se do intuito de efetivação do modelo processual penal acusatório?

4. DA DECISÃO DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO E A (IN)EFETIVIDADE DO MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Diante de todo o exposto, dada a ênfase às características do modelo acusatório, bem como das regras pertinentes ao procedimento comum ordinário, traçado está o supedâneo teórico útil ao objetivo de responder aos questionamentos supra, os quais são decorrentes do problema da determinação de vista ao Ministério Público em oportunidade não prevista para o rito ordinário aplicado em determinado caso concreto.

Cumpre, portanto, tendo em vista a referida base, avançar ao propósito de responder aos questionamentos derivados da problematização acima evidenciada.

4.1 DO ERRO QUANTO AO PROCEDIMENTO (*ERROR IN PROCEDENDO*)

Pela perspectiva formal quanto ao procedimento comum ordinário, a conclusão que se extrai para o problema exposto, qual seja, de dar vista ao Ministério Público após a resposta à acusação, vai de encontro as disposições legais do referido rito (artigos 394 ao 405), notadamente, conforme destacado no item 3.1, no que é pertinente aos artigos 397 e 399 do CPP, os quais respectivamente determinam que após a resposta, poderá o juiz absolver sumariamente o acusado ou, em caso negativo quanto ao(s) argumento(s) de absolvição e rejeição, designar audiência de instrução e julgamento.

Assim, referida determinação judicial de vista após a resposta não se coaduna com as necessárias ou possíveis oportunidades de manifestação das partes no âmbito deste procedimento. Desse modo, a oitiva do MP após a reposta é inexistente para esta fase do rito ordinário.

Os legítimos momentos de oitiva das partes, por intermédio de determinação de vista, mencionados no item 3.2, objetivamente são: após o oferecimento da denúncia, não tendo sido esta rejeitada liminarmente pelo juiz; após a juntada de documento por alguma das partes; depois de diligência (art. 402 do CPP); a defesa após as alegações finais, por memoriais, oferecidas pela acusação.

Portanto, torna-se evidente, ante uma análise comparativa das hipóteses legítimas de manifestação das partes e daquela não prevista legalmente de vista ao MP após a resposta, a existência de erro do julgador no que tange ao modo de conduzir o referido rito, pois ao propiciar vista ao MP após a resposta desrespeitou o modo adequado quanto ao trâmite do procedimento comum[11].

Diante desta constatação, torna-se oportuno avançar na resposta do segundo questionamento que deriva do pressuposto da determinação de vista ao MP após a resposta, a qual já se concluiu tratar-se, de início, de um erro quanto ao procedimento (*error in procedendo*).

4.2 VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Pela evidência, acima demonstrada, do erro do julgador quanto ao modo de conduzir o rito comum ordinário, cumpre a partir dessa constatação, verificar se tal ato decisório (vista) é incompatível com o modelo acusatório no que tange aos seus elementos e garantias processuais acima descritas (item 2.2).

Contudo, é importante que algo fique bem definido para uma melhor compreensão quanto às conclusões que se propõe chegar neste tópico.

A determinação de vista no âmbito dos procedimentos é, como demonstrado, possível dentro dos momentos oportunos previstos em lei. Sem prejuízo quanto ao modo correto de proceder, coloca-se aqui um novo pressuposto. Seria possível, mesmo que em afronta ao rito, a determinação de vista ao acusado em oportunidade não disposta em lei?

Este questionamento é proposto justamente porque se trata de uma hipótese contrária à problematização deste trabalho, uma vez que, conforme agora disposto, a determinação de vista fora de um momento não previsto legalmente (o que também seria um erro quanto ao procedimento) seria em favor da defesa.

Diante destas duas hipotéticas situações, uma de vista em oportunidade não disposta em lei ao acusador e outra ao acusado, qual delas estaria em consonância ao sistema processual penal acusatório?

---

[11] Há uma hipótese legal na qual seria possível a oitiva do Ministério Público após a resposta. Seria no caso do rito especial do júri, no qual esta manifestação ao MP está prevista no artigo 409 do CPP.

Em resposta, deve-se deixar claro que a opção constitucional implícita pelo modelo acusatório é de impor limitação ao Poder Estatal no que tange à persecução penal de um modo geral. Portanto, o julgador como representante Estatal também se submete às limitações constitucionais inerentes também ao modelo acusatório, mas no que tange a atos de persecução criminal, ou seja, relacionados a acusação.

Com isso é de se concluir que, os limites, diga aqui, as regras procedimentais, devem sem exceção serem satisfeitas por quem exerce a função de acusação. Contudo, ao acusado tais regras podem ser flexibilizadas[12], ante a condição de inocente deste e tendo em vista principalmente que o formalismo deve ser inexorável a quem tem o ônus de reverter a presunção de inocência (art. 5 LVII da CF). Mas este mesmo formalismo não deve ser óbice ao reforço da condição de inocente do acusado.

Assim, se houver por parte do julgador um atropelo ao formalismo a favor do réu, tal modo de proceder, pelos fundamentos acima, deve ser considerado como válido. Neste sentido, opina positivamente (PRADO, 2006, p. 137-138) pelo atuar do juiz em prol do acusado/ defesa:

> Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção de inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa. Neste caso, assimila-se a real natureza do princípio acusatório como garantia que comporta para defesa do imputado conforme assinala Grau. O destinatário da posição jurídica favorável não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição. Ao mesmo tempo, incrementa-se, por meio desta excepcional e restrita iniciativa judicial, o princípio da paridade de armas de modo efetivo, tal seja, garantindo, pela intervenção mediadora do juiz, tratamento desigual aos desiguais, sobretudo em face da ausência de identidade entre as partes, agindo assim em busca do equilíbrio no processo, razoavelmente justificado à luz de critérios de reciprocidade e evitação de um dano irreparável.

Desse modo, efetuado o devido esclarecimento, fica claro que a problematização deste trabalho justifica-se e está voltada a um ato judicial inexistente para uma determinada oportunidade do rito, mas que, é favorável ao órgão acusador (vista após a resposta), a sinalizar para um desequilíbrio na relação processual o que desde já ficou evidenciado que não seria reprovável se fosse em prol do acusado.

Diante disso, facilitam-se as conclusões a seguir atinentes à (in)compatibilidade deste ato (vista à acusação após a resposta) ao sistema acusatório.

---

[12] Exemplo disso é a possibilidade de admissão de provas ilícitas a favor do acusado.

4.2.1 Do Devido Processo Legal

Pelo disposto na alínea “a” do sub-subitem 2.1.5, o devido processo legal, não obstante a crítica lá prevista desdobra-se em substancial e processual.

Tendo em vista que o problema aqui evidenciado nos remete ao procedimento comum ordinário, previsto no CPP, conclui-se que o objeto de análise aqui está direcionado a um conteúdo regrado. Portanto, pertinente aqui é o desdobramento processual do devido processo legal.

Diante dessa delimitação, o que se vislumbrou naquele sub-subitem, por intermédio de (SUANNES, 2004, p. 240) é que, por este modo de conceber o devido processo legal, deve-se aplicar adequadamente as normas.

E o meio de adequada satisfação das normas se dará por intermédio do processo. Assim, mesmo que a sujeição a um processo criminal possa revelar-se como algo negativo, a ponto de (BADARÓ, 2014, p. 105) afirmar que “ser réu em processo criminal significa, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido”, o processo, como instrumento, deve ser considerado e enfrentado por uma perspectiva positiva, pois a determinação constitucional de sua existência, ante o devido processo legal, o traduz (processo) num instrumento regrado cuja finalidade principal está na prestação jurisdicional justa, seja ao resultado condenação seja à absolvição.

Contudo, sem prejuízo da finalidade principal aludida, deve o processo também atender ao propósito de ser considerado como um instrumento de controle em face dos sujeitos do processo, notadamente acusação e juiz, a fim de que os resultados aludidos (absolvição ou condenação) sigam aquilo que (infra)constitucionalmente se determina a este desiderato. A corroborar com esta função do processo elucida (LOPES JR, 2005, p. 37):

> O processo como instrumento para a realização do Direito Penal deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. (grifo nosso)

Ainda no mesmo sentido, de atendimento ao rito compreendido no processo, (FERNANDES, 2002, p. 114):

> Estabelecidos os procedimentos, a parte tem a garantia de que o juiz irá observá-los integralmente e, ainda, de que levará em conta a coordenação e vinculação

> estabelecidas entre os atos da cadeia procedimental. Em virtude da garantia da observância integral do procedimento, não se permite ao juiz suprimir atos ou fases do procedimento. Não sendo realizado ato da série procedimental, se houver prejuízo à parte, ocorrerá nulidade. Quando se suprime fase procedimental, o prejuízo é imanente à falha, pois ofende o devido processo legal.

Com isso se enfatiza a relevância do processo e do procedimento, respectivamente, como instrumento e pressuposto mínimo a uma decisão justa, estando ambos a serviço de implementar as garantias constitucionais, derivada esta instrumentalidade do devido processo legal.

No caso concreto, como já destacado, houve o desatendimento ao rito processual, e consequentemente ao devido processo legal quando determinada pelo julgador vista ao Ministério Público após a resposta à acusação, quando deveria o magistrado decidir pela rejeição, pela absolvição sumária ou em caso negativo, designar audiência de instrução e julgamento.

Em razão disso, trata-se de um ato que corrobora à inefetividade do modelo acusatório.

4.2.2 Da Igualdade de Tratamento

Como visto, a separação de funções entre acusação, órgão julgador e defesa (sub-subitem 2.2.1) é elemento que constitui o sistema processual penal acusatório e que de conformidade com (THUMS, 2006, p. 250) “coloca o juiz na condição de prestador (devedor) da jurisdição e não agente de investigação ou de acusação”.

Frente a um modelo acusatório, e a fim de dar-lhe a máxima efetividade, compreendida aí a igualdade de tratamento, relevante é o papel do juiz no âmbito deste.

Assim, o poder/dever atribuído ao juiz, neste contexto, o coloca na posição de garantidor de uma estrutura dialética processual. Ou seja, devendo quedar-se desinteressado no tocante à produção da prova (responsabilidade integral do órgão acusador ante o princípio da presunção de inocência), o juiz deve assumir a condição de espectador no tocante à produção destas[13].

[13] Com exceção, de acordo com (PACELLI, 2005, p. 270 – 271) quando para a comprovação da inocência do réu.

Por outro lado, torna-se protagonista quando se trata de garantir o equilíbrio de uma relação processual penal, a zelar pelo balanceamento no tratamento das partes.

Desse modo a inércia da jurisdição, elemento do sistema acusatório (sub-subitem 2.2.3) apresenta-se como essencial para garantia da imparcialidade do julgador.

Pelo exposto, resta evidente que a determinação de vista ao Ministério Público após a resposta a acusação, determinação que como observado não está prevista em lei, gera desequilíbrio na relação processual, pois, no caso concreto, previamente à decisão judicial está: uma denúncia, uma resposta e uma segunda manifestação do Ministério Público a respeito da resposta à acusação decorrente do despacho de vista.

Portanto, ante duas manifestações do Ministério Público contra uma da defesa, claro está o desatendimento à igualdade de tratamento.

4.2.3 Do Contraditório

Não se esquecendo do devido processo legal como parâmetro e garantia da qual outras lhe são decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, cumpre constatar se estas garantias foram afetadas tendo em vista a problematização sugerida ao presente trabalho.

Quando da abordagem do contraditório (letra b do sub-subitem 2.2.5) o que se destacou foi a necessidade de garantir às partes não só a informação e reação, mas também com a mesma intensidade.

Pelo do caso concreto, cujo objeto foi o despacho de vista ao Ministério Público após a resposta à acusação é passível de se vislumbrar que pelo julgador se propiciou ao acusado o contraditório pelo conteúdo acima mencionado, apenas em uma oportunidade. Fica evidente que referida garantia deixa de ser cumprida quando, após um indevido despacho de vista após a resposta (não previsto no procedimento) o julgador decide sem garantir novamente a oitiva do acusado.

Desse modo, da premissa do desatendimento do rito ordinário pelo juiz, consequentemente, para se garantir a paridade de armas, o que deveria fazer o julgador era dar novamente ao acusado a condição de manifestar-se (contraditório) quanto aos argumentos do Ministério Público dados após a resposta, a fim de manter o equilíbrio da relação processual.

Portanto, conclui-se que a vista ao MP após a resposta, seguida da decisão judicial afronta também ao princípio do contraditório, uma vez que, mesmo sem previsão legal, mas

tendo em vista que houve manifestação do acusador, deveria em respeito à paridade de armas ter sido garantido pelo juiz uma posterior manifestação pela defesa.

5. DA VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO E A (IN)EFETIVIDADE DO MODELO ACUSATÓRIO

Diante de um Estado de Direito, do qual decorre o modelo processual acusatório composto por todos os elementos acima dispostos, é salutar que novamente se destaque, consoante prevê (FERRAJOLI, 2006) no item 2.1, que um modelo garantidor desta natureza é um modelo ideal, ou seja, não plenamente realizável.

Não obstante, o intuito é buscar o máximo de realização deste, seja no plano legislativo, seja no de aplicação das regras e princípios.

É importante que se destaque que a satisfação do referido modelo, tanto na seara legislativa, como na prática, estão vinculadas às diretrizes constitucionais, de onde, como dito, extrai-se implicitamente que ao processo penal aplica-se o sistema acusatório.

Devendo ser assim, verifica-se o quão relevante é o papel do julgador para o objetivo de efetivar as disposições constitucionais e o sistema acusatório dela derivado, a conduzir a um modelo processual de garantias consoante estabelecido por (FERRAJOLI, 2006).

No presente trabalho, conforme várias vezes mencionado, a problematização envolveu como pressuposto uma hipótese concreta, de vista ao Ministério Público, em rito ordinário, após a resposta à acusação.

Por intermédio de um critério comparativo entre as características do modelo acusatório e as regras do procedimento ordinário com o pressuposto prático mencionado no parágrafo acima, evidenciou-se o desatendimento de determinados elementos e garantias processuais penais, como do devido processo legal (ante a afronta ao desdobramento formal deste, uma vez que desrespeitado o rito ordinário), igualdade (pela ausência de paridade de armas ante a decisão do julgador), contraditório (pois não se propiciou oitiva ao acusado após a vista ao MP).

Se consideradas estas conclusões, o que se pode afirmar em primeiro lugar, para o objetivo de responder ao terceiro questionamento, objeto deste tópico, é que se está diante de um exemplo prático. E que, em segundo plano, por intermédio desta situação concreta, o

modo de agir do julgador é de afastamento quanto a efetivação do modelo processual penal acusatório derivado da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, ante a afinidade do sistema acusatório com o modelo garantista de (FERRAJOLI, 2006) para os quais se destaca o seu caráter ideal (não plenamente realizável), mas que tem por objetivo buscar a máxima efetividade, o comportamento prático e pontual que desencadeou a problematização deste trabalho nos conduz a aferir um exemplo, que somadas a tantas outras possíveis práticas dessa natureza, revelam um distanciamento na efetivação do modelo processual penal acusatório.

5. CONCLUSÃO

Não coube aqui tratar dos motivos que conduzem o julgador a tomar uma decisão não prevista no rito ordinário e favorável ao acusador. Como mencionado, trazer justificações de cunho subjetivo ao *error in procedendo* materializado pela vista ao MP após o oferecimento da resposta, certamente desencadearia um novo trabalho.

Diante da premissa de uma abordagem técnica a partir de um caso concreto, conclui-se que pelo desatendimento ao devido processo legal por seu desdobramento processual, as garantias processuais da isonomia, do contraditório, da ampla defesa dele derivadas, também foram afetadas em prejuízo a defesa, pois se o objetivo num processo criminal é a obtenção do convencimento do juiz por intermédio de provas e argumentos, o desequilíbrio na relação processual decorreu da disparidade quanto às chances de participação.

Não obstante seja o sistema processual penal acusatório um modelo ideal, não plenamente realizável, mesmo diante disso sempre caberá a busca pela sua máxima efetividade. Com a conduta-problema que serviu de base a este trabalho constata-se um particular modo de atuação, o qual revela que aquele mínimo para uma decisão justa proveniente do devido processo legal foi desrespeitado.

Assim, o caso concreto é um exemplo de uma prática que corrobora para a inefetividade do modelo acusatório, ou seja, de afastamento do modelo ideal garantidor de Ferrajoli, mas que para além dessa evidência, justifica ser este trabalho ainda atual, podendo servir com um instrumento de apelo para a finalidade de alcançar a máxima efetividade de um processo penal justo, acusatório e democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: Uma Investigação Crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Derecho y Razón**. 6ª Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2004.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 2 Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Curso de Processo Penal**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SALO, Carvalho. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3 Ed. São Paulo: RT, 2014.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Curitiba: Juruá, 2000.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. 2ª Ed. 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal:** A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.