

Nicolitt e Casara: O STF e a ADI 4768: onde deve sentar o promotor?

25/06/2020

Em 2004 [1], proferimos decisões que, inspiradas nos princípios constitucionais que estruturam o sistema acusatório, levavam à redefinição cênica da sala de audiência.



As decisões promoveram acalorado debate sobre o

tema, atraindo para os atos decisórios e seus prolatadores, os mais variados adjetivos, tudo em defesa de um modelo cênico herdado de Portugal, com cariz inquisitório, no qual o juiz e acusador se colocam em oposição ao réu, visto como um mero objeto da persecução penal em juízo.

Após 16 anos, o tema foi pautado pelo STF, que decidirá a ADI 4768, que tem por objetivo imprimir interpretação conforme à Constituição à alínea "a" do inciso I do artigo 18 da LC 75/93 e ao inciso XI do artigo 41 da Lei nº 8.625/93, ou seja, para firmar a interpretação de que o MP só tem assento imediatamente à direita do magistrado quando atua exclusivamente como fiscal da lei, como órgão de acusação deve ter o mesmo tratamento das outras partes como sempre sustentamos [2]. Portanto, resolvemos revisitar agregando uma perspectiva interdisciplinar.

Poder, espaço e justiça

Diz-se que inexistente uma "teoria geral do poder". Para muitos, aliás, o poder não seria um objeto em si, isso porque não existe corporificado. Como afirma Foucault, o que é perceptível são as relações e as práticas de poder. Assim, demonstra que o "poder", a possibilidade de produzir mudanças no mundo-da-vida, é algo que se exerce, uma espécie de máquina social, embora não situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, está disseminado por toda a estrutura social. Portanto, não é um objeto, mas, sim, uma relação [3]. Desse modo, ele implica disputas e lutas que, consequentemente, se distribuem nas entranhas da dinâmica sócio-espacial das sociedades [4].

As formas e os efeitos das relações de poder não são necessariamente repressivas ou explicitamente violentas. Existem manifestações de poder que não assumem a forma de uma coerção. Aliás, *"o poder está precisamente onde não é posto em evidência"* [5] e é mais efetivo quando não é percebido como ato que condiciona as ações humanas e a percepção da realidade, sem perder seu potencial de incremento da violência estrutural inerente à realização dos interesses dos detentores do poder.

O "poder" também é efetivado a partir de métodos e formas de organização do espaço. Essa organização espacial constitui uma técnica de poder de individualização e de "etiquetagem" pelo espaço, através de um espaço classificatório e combinatório, no qual indivíduos podem ser estigmatizados e transformados em objeto tanto de preconceitos quanto de vigilância perpétua e constante [6].

Esta relação entre "espaço" e "poder" permite pensar no potencial autoritário, excludente e desconstitucionalizante da organização dada ao espaço público como na importância da análise de situações concretas afetas ao jogo de forças projetado no espaço [7].

Com tais premissas é possível analisar a posição do Ministério Público na sala de audiência e a organização espacial do poder propostas pelas disposições legais (alínea "a", inciso I, artigo 18 LC 75/93 e artigo 41, inciso XI, Lei nº 8.625/93).

Milton Santos ensina que as ações não se "geografizam" indiferentemente. Há, em cada momento, uma relação entre valor da ação e valor do lugar onde ela se realiza, sem isso todos os lugares teriam o mesmo valor [8]. A sala de audiência não é uma paisagem, ou seja, um conjunto de elementos naturais e artificiais que fisicamente caracterizam uma área. A sala de audiência é um espaço, isto é, local carregado de imagens, ideias e a vida que a anima. O espaço é um sistema de valores [9] no qual as imagens e as formas produzem ideias que repercutem no registro imaginário (que leva às ações individuais) e no registro normativo (reforçando o que se entende por "normal" e ajudando à reprodução de um determinado "regime de verdade").

Qual o valor do espaço destinado ao réu, à assistência, ao Ministério Público e à defesa técnica? Por que a lei prevê um espaço privilegiado para o Ministério Público? A configuração das salas de audiência respeita a isonomia e a ideia aristotélica de justiça como igualdade? A configuração cênica pode reforçar o estilo inquisitivo confundindo acusador e o julgador? Qual modelo cênico adequado à democracia?

Das postulações na ADI 4768

A OAB propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4768, impugnando o artigo 18, inciso I, alínea "a", da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e o artigo 41, inciso XI, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, aduzindo que os dispositivos não podem ser interpretados de modo a dar assento ao MP, imediatamente à direita do juiz, quando atuar como autor da ação o que violaria os princípios da isonomia, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos na CRF/88. Ademais, a posição cênica privilegiada revela-se autoritária e discriminatória ao advogado, que é indispensável à administração da Justiça. Além disso, a disposição dos móveis na sala de audiência poderia influir no ânimo dos indivíduos que prestam

declarações em juízo, destacadamente nas classes sociais menos favorecidas. Portanto, pede a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, emprestando aos dispositivos interpretação conforme a Constituição.

Por sua vez, a AGU defendeu a constitucionalidade da interpretação ampliativa da lei, ao argumento de que *"o Ministério Público tem por fim precípua garantir o cumprimento e a salvaguarda do interesse público, ainda quando integra um dos polos da relação jurídico-processual"*.

Fato é que a CRF/88 consagra o princípio da igualdade, que não se restringe a nivelar os cidadãos diante da lei, vai além: a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia [10]. Diz Canotilho que o princípio impõe igualdade na criação do Direito e na sua aplicação [11]. Deve ser visto em duas vertentes, no sentido negativo, quando veda privilégios, benefícios, discriminações; no sentido positivo, quando exige tratamento igual para os iguais e tratamento desigual a situações substancial e objetivamente desiguais [12]. Com efeito, qualquer tratamento diverso só pode ser considerado constitucionalmente válido se houver razões fáticas que o justifiquem, sob pena de se quebrar a paridade de armas. A *par condicio* é inerente ao devido processo legal como afirma o STF [13].

A norma impugnada promove distinção injustificável, viola princípios constitucionais e valores republicanos e democráticos. Vale lembrar que a Constituição impõe a necessidade de um juiz imparcial. Aqui vale se apropriar do princípio inglês — *justice must not only be done, it must also be seen to be done* — para afirmar que em um regime democrático não basta ao Judiciário ser imparcial, deve parecer imparcial. Esse princípio é adotado na proposta de decisão-quadro (2004) do Conselho Europeu sobre processo penal na Comunidade Europeia. Note-se que, no processo penal, o fato de o MP estar adstritos à legalidade (por isso ter o dever de pugnar pela absolvição dos réus diante da ausência de provas) não o transforma em um órgão imparcial.

A estrutura das audiências à luz dessa interpretação inconstitucional das leis, além de violar a isonomia, leva a uma confusão entre as figuras do acusador e do julgador. O acusador recebe dos olhos da população uma carga de imparcialidade, enquanto o juiz se "contamina" de parcialidade aos olhos das testemunhas, dos jurados e dos cidadãos. Reforça-se o estilo inquisitório. Nas audiências públicas, as pessoas que assistem ao ato não dão credibilidade à imparcialidade da Justiça quando veem o órgão que acusa em posição de proximidade com o juiz. Estudos da psicologia do testemunho apontam a tendência das testemunhas desejarem agradar à figura da autoridade apresentando versões que acreditam ir ao encontro da vontade do juiz (e, por contaminação, do acusador posicionado ao lado do julgador).

No júri tudo isso é pior, pois o julgamento por juízes leigos é dotado de símbolos e rituais. O juiz togado representa no imaginário dos jurados o símbolo da justiça. O discurso do MP fica fisicamente próximo da "justiça", já a defesa, distante, está ao lado, não raro, de um homem pobre, negro, algemado entre dois policiais, reduzido a objeto no estigmatizante "banco dos réus" [14].

Em 1957, Carnelutti já denunciava este abuso do cenário:

"Quando se diz que as partes estão perante o juiz para serem julgadas, já se subentende que o juiz não é uma delas (...). O acusado está sob grades, o juiz sobre a cátedra; do mesmo modo, o defensor está abaixo do juiz, sob a sua autoridade, mas o Ministério Público, como parte, contrariando a tudo, colocado ao seu lado. Isto é um erro que acabará por se corrigir, com uma maior compreensão da mecânica do processo" [15].

Oxalá seja referido erro corrigido no julgamento da ADI que se anuncia.

Da adequação à Constituição

Os artigos em exame só podem ser considerados constitucionais se, e somente se, forem compatíveis com os valores, os princípios e as regras constitucionais. Na ação penal privada, não há problema no fato de o MP sentar-se imediatamente à direita do juiz e no mesmo plano. Já nas situações nas quais o *parquet* é autor da ação penal (parte), isso é uma afronta à opção constitucional pelo princípio acusatório, ao princípio da isonomia e aos valores republicanos que vedam privilégios de agentes públicos.

Note-se que em Estados como São Paulo essa distorção no texto legal não ocorre em razão da interpretação adequada da Constituição.

Muitos diriam que o Ministério Público também é fiscal da lei, pode opinar pela absolvição, não é mero acusador. Isso, porém, deriva da vinculação de todos os agentes públicos ao princípio da legalidade e tal circunstância não justifica a distinção. Primeiro, porque o Ministério Público não precisa ficar ao lado do juiz para funcionar adequadamente como fiscal da lei; segundo, porque tais poderes-deveres não excluem sua condição de autor da ação. Registre-se que, na ação penal privada, se o querelante requerer a absolvição do querelado, o juiz está obrigado a declarar extinta a punibilidade face à perempção (artigo 60, III, parte final c/c artigo 61, ambos do CPP). Neste sentido, o querelante tem maior poder de beneficiar o querelado do que o Ministério Público (já que, segundo o entendimento predominante, o juiz não está obrigado a acolher o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público) e nem por isso sustenta-se que o querelante deve sentar-se imediatamente ao lado do juiz.

Não temos dúvida de que na ação penal condenatória de iniciativa pública o Ministério Público é parte. Como ensinam Cerletti e Folgueiro, "*el ministerio público es parte en un proceso, y su función es y debe ser esencialmente distinta a la del juez*" [16].

A separação entre juiz e acusador é fundamental ao sistema acusatório. Para nós, esta separação deve ser respeitada no que se refere a todos os elementos capazes de interferir na percepção na compreensão que condiciona as ações do leigo. Do contrário, a imparcialidade estará comprometida, na medida em que se acredita que a função de acusar é entregue a um órgão dotado dos mesmos interesses e da mesma imparcialidade conferida ao órgão julgador. A imparcialidade desaparece do imaginário popular sempre que se reforça a imagem do acusador ao lado do juiz em uma espécie de parceira excludente.

Os dispositivos contestados só admitem uma interpretação constitucionalmente válida: o MP só tem assento imediatamente à direita do magistrado quando atua, exclusivamente, como fiscal da lei. Na qualidade de autor da ação penal, sustentando a pretensão punitiva, deve ter o mesmo tratamento das partes, como já decidiu o STF [17] ao afirmar que "*acusação e defesa*

devem estar em igualdade de condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que deságue em tratamento preferencial" preconizando a importância de "*lugares próprios e equivalentes*" à acusação e defesa, repudiando no julgamento interpretação dos dispositivos da LC 78/93 que não se harmonizam como o devido processo e a paridade de armas.

Na doutrina Grinover, em parecer nos autos do RMS 21.884-7/DF, sustentou que diante do artigo 18, inciso I, "a", da LC 75/93 e seu confronto com as cláusulas pétreas, só há dois caminhos: declarar a inconstitucionalidade ou lhe emprestar interpretação conforme. Eduardo Maia Costa, o juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, leciona que é preciso superar os sinais reveladores de uma cultura autoritária. Uma releitura adequada do sistema acusatório, à ritualização democrática, à compreensão das instituições do sistema de Justiça, à transparência e aos valores democráticos, impõe que "*as partes, além de equidistantes do juiz, devem situar-se no mesmo plano*" [18].

Não existe hierarquia entre as funções de julgar, acusar e defender, o que acaba sendo artificialmente na tradição que predomina. A proximidade com o magistrado não é capaz de conferir ao Ministério Público mais importância do que lhe foi conferida pela CRF/88. Portanto, a disposição da sala de audiência ou do salão do júri, onde se estabeleça assento digno ao MP, no mesmo plano da defesa, não viola sua relevância constitucional, tampouco a dignidade da instituição.

[1] A decisão pioneira no Estado do Rio de Janeiro ocorreu em 30 de junho de 2004, nos autos do processo nº Processo Nº 0000056-14.2003.8.19.0005.

[2] TJ-RJ, Comarca de Arraial do Cabo, Processo 0000056-14.2003.8.19.0005.

[3] Sobre o tema: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 5-25.

[4] ALVESA, Fernando Roberto Jayme. *Dimensão espacial do poder: diálogos entre Foucault e a geografia*. In: Geografia em Questão. V.06, N. 01, 2013, pág. 231-245.

[5] HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

[6] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 105.

[7] COSTA, Wanderley Messias da. *Geografia política e geopolítica*. São Paulo: Edusp, 2008, p. 55.

[8] SANTOS, Milton^o *A Natureza do Espaço*. Editora da Universidade de São Paulo: 2002, p. 83-898.

[9] SANTOS, op. cit., p. 103-104.



- [10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 9.
- [11] CANOTILHO, J. J. Gomes. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- [12] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, p. 237-240.
- [13] STF, RMS 21.884-7/DF, Min^o Marco Aurélio, julgamento em unanimidade.
- [14] Com similar crítica: DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 50.
- [15] CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Servanda, 2016, p. 47.
- [16] CERLETTI, Marco L.; FOLGUEIRO, Hernán L. *Ministerio Público en el Nuevo Código*. In: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 120.
- [17] STF. RMS 21.884-7/DF.
- [18] COSTA, Eduardo Maia. *Para a democratização da sala de audiência. Temas para uma perspectiva crítica do direito*. Lumen Juris, 2012, pp. 347-352.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jun-25/nicolitt-casara-stf-adi-4768-onde-sentar-promotor/>