

Para que contraditório se já formei o convencimento mesmo?



No final do mês de fevereiro, logo após o Carnaval,

discutimos neste *Diário de Classe* o [caso da juíza](#) de São José do Rio Preto que presidiu duas audiências ao mesmo tempo, utilizando-se do dom da ubiquidade tão praticado no estado de São Paulo.

Rememorando: na ocasião, interpelada pela defesa em face de seu comportamento, a juíza consignou ao final de sua decisão:

Após serem colhidos todos os depoimentos proferi a sentença, em meu computador, enquanto o promotor de Justiça e o defensor apresentavam suas alegações finais e para o bom andamento dos trabalhos, fui até a sala de audiências da 1ª Vara Criminal presidir outras audiências, retornando. Não havendo nenhum prejuízo para as partes, nada a ser acrescentado, mormente porque está fundamentada a decisão judicial como determina a Constituição Federal (processo 0025236-84.2014.8.26.0576).

Como já havíamos relatado, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja liminar foi indeferida pelo relator, desembargador Borges Pereira, sob o argumento-padrão de que tal providência “somente é cabível quando a coação é manifesta e detectada de imediato através do exame sumário da inicial” (HC nº 2020697-86.2015.8.26.0000).

Solicitadas informações, a magistrada confirmou que, encerrada a instrução, formou seu convencimento e, imediatamente, redigiu a sentença. Assim, antes do final dos debates orais, “enquanto acusação e defesa ditavam suas alegações finais à escrevente”, saiu da sala para presidir outra audiência em outra vara. Ao retornar, não havendo razão para modificar seu convencimento, manteve a sentença previamente elaborada. Bingo!

Em seu parecer, o representante do Ministério Público, Vilson Baumgärtner, opinou pela denegação da ordem, baseado no brocardo *pas des nullités sans grief*.



O fato de a magistrada ter-se ausentado eventualmente da audiência durante os debates orais, como aliás por ela mesma admitido em suas informações, não trouxe qualquer prejuízo ao paciente. Aliás, tal proceder é comum no dia a dia das audiências. Atuando por 27 anos como promotor de justiça em diversas comarcas, sempre testemunhei saídas ocasionais das salas de audiências feitas por advogados, promotores e magistrados. E no caso dos autos tal é perfeitamente compreensível na medida em que as alegações foram todas registradas nos autos, podendo a qualquer momento serem apreciadas e reapreciadas, como de praxe. É o que aconteceu aqui.

Ainda bem que o Ministério Público é o fiscal da lei! A sociedade sente-se aliviada!

Sigamos. O *habeas corpus* foi julgado, no final de abril, pela 16ª Câmara de Direito Criminal do TJ-SP, sob a presidência do desembargador Guilherme de Souza Nucci, um dos doutrinadores mais festejados no campo do direito processual penal e, provavelmente, o jurista que mais vende livros no país. A ordem foi parcialmente concedida (e, ainda, de ofício), *porém apenas para reconhecer o direito do paciente de apelar em liberdade*. A questão da nulidade — objeto central do *writ* e que sequer consta na ementa do julgado — foi rejeitada de plano no voto-condutor do acórdão, *in verbis*:

No que tange ao pedido do combativo impetrante, visando a declaração da nulidade da r. sentença, a ordem não comporta concessão. Mas, é o caso de se conceder, de ofício, a ordem, para que o paciente recorra em liberdade, com imposição de medidas cautelares.

A D. Autoridade apontada como coatora, quando das informações deixou assentado que, após a oitiva das testemunhas e já tendo formado seu convencimento, elaborou a sentença enquanto a acusação e a defesa ditavam sua alegais finais para a escrevente, saindo da sala antes do término dos debates orais, para presidir outra audiência, retornando logo após. E, depois de ler as teses da acusação e da defesa, que não induziram à modificação do convencimento anteriormente formado, manteve a sentença já elaborada (cf. fls. 109).

O fato de a D. Magistrada “a quo” ter se ausentado temporariamente da sala de audiências não impediu que ela apreciasse as teses arguidas pela defesa.

O que ocorreu é que a Magistrada já havia formado seu convencimento e, mesmo após leitura dos memoriais das partes, os argumentos ali constantes não tiveram o condão de alterar seu convencimento, razão pela qual manteve a sentença, que já havia elaborado.

De se ressaltar ainda, que a r. decisão monocrática encontra-se fundamentada a contento.

O combativo impetrante pode até discordar do quanto ali decidido. No entanto, não se verificando qualquer ilegalidade e estando a r. decisão fundamentada a contento, inexistente a nulidade arguida (HC nº 2020697-86.2015.8.26.0000)

Então, quer dizer que a formação do convencimento dispensa o contraditório? Alegações finais são



apenas um ornamento? Algo do tipo “já decidi e, portanto, nada mais preciso ouvir”? Ensinam isso nas Faculdades de Direito por aí? A magistratura brasileira compactua com esse procedimento de vilipêndio à profissão de advogado? Que o Promotor de Justiça aceite isso — mesmo sendo o fiscal da lei — pouco impressiona, a julgar o parecer lançado em segundo grau. De há muito o Ministério Público perde espaço no Brasil por estar regredindo à velha figura do “Promotor Público”.

É isso mesmo? Como funciona, afinal, o processo penal que trata do contraditório? A juíza é o próprio Código de Processo Penal? O magistrado (no caso, a magistrada) imagina o que poderá ser alegado pelas partes, formula ficcionalmente as teses e as analisa na sentença previamente elaborada? É isso? Trata-se de uma espécie de *Minority Report* do processo penal? É possível “adivinhar” o que as alegações finais vão tratar? Ou é possível separar as questões de fato das questões de direito? Tudo isso em busca da “verdade real”?

E o artigo 403 do CPP? Vale ou não vale? Se os debates não tem relevância para fins de formação do convencimento, por que o legislador previu que a acusação e a defesa terão, cada uma, a palavra por vinte minutos, havendo ainda a possibilidade de prorrogação de mais dez minutos? Quando foi que as alegações finais deixaram de ser a peça mais importante do processo, especialmente para a defesa?

Bate-nos uma profunda tristeza. Advogar neste país tem se transformado em um exercício de humilhação cotidiana. Querem mais humilhação do que ficar ditando as alegações para a secretária enquanto o juiz se ausenta e depois volta com a sentença pronta? *Let's kill all the lawyers*, afirma Dick, na peça *Henrique VI* (Parte II), de Shakespeare!

Admitir que a sentença possa ser elaborada antes dos debates e simplesmente ratificada após o conhecimento do resumo das teses sustentadas pelas partes significa reconhecer que a decisão é um ato solipsista, produzida por um sujeito onisciente e onipotente. Ou melhor: significa assumir que a decisão é um ato solitário (e, portanto, autoritário), cujo único limite é determinado pela consciência do juiz. Se isso é verdade, professor Guilherme de Souza Nucci, gostaríamos de saber qual a diferença entre o procedimento adotado pela Magistrada — e referendado pelo TJ-SP — e aquele praticado pelos tribunais da inquisição? E, mais: temos a certeza de que nos livros do professor Nucci está escrito exatamente o contrário do que foi decidido nesse *habeas corpus*. Não encontramos nos livros do professor — por acaso presidente da Câmara Criminal que julgou o caso — nada que pudesse indicar a dispensabilidade das alegações ou que autorize a juíza a presidir duas audiências ao mesmo ou... bem, o resto já falamos.

Antes que surjam os mais afoitos a justificar o agir da magistrada, afirmando, quem sabe, que, afinal, ela tomou conhecimento das teses esgrimidas pelas partes antes de tornar sua sentença definitiva (e que ela tem boa memória etc.), é importante esclarecer que o resumo das teses não equivale, de maneira nenhuma, aos debates. Do mesmo modo que a tira dos julgamentos não substitui a fundamentação dos acórdãos. Simples assim. Vamos levar o Direito a sério? Ou poderemos dispensar a presença dos advogados (já que o Ministério Público parece não se importar muito com isso).

Os debates são imprescindíveis porque são neles que as teses vêm aplicadas ao caso concreto. Os debates são, precisamente, o momento em que se possibilita que o Direito abandone o plano da generalidade e da abstração. É por isso que à acusação e à defesa são assegurados os debates, e não a



mera consignação do resumo de suas teses.

Como se sabe, o argumento de que a magistrada não precisa responder a todos os argumentos das partes é retrógrado. Isso já foi superado pelo Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, pelo próprio legislador no novo Código de Processo Civil. A decisão judicial é um ato de responsabilidade política do juiz. É por isso que, para ser democrática, ela deve ser construída intersubjetivamente. Todavia, para tanto, é preciso compreender, na esteira de Marcelo Cattoni, que o processo é um procedimento que se desenvolve em contraditório. É ele — o contraditório — que permite conferir legitimidade ao provimento jurisdicional.

Numa palavra: em uma democracia, o processo — antes de ser obstáculo — é condição de possibilidade. E, tratando-se de processo penal, em que está em jogo o bem fundamental chamado liberdade, não é possível imaginar que um magistrado possa dispensar a argumentação das partes. E a soma é zero. Se a juíza faz duas audiências ao mesmo tempo e, com isso, faz tudo o que fez, ela cometeu uma flagrante inconstitucionalidade. Uma, não. Várias. Se o tribunal, em sede de *habeas corpus*, convalida o ato da juíza, então ele comete igualmente uma série de inconstitucionalidades, como a violação do devido processo legal, do contraditório, da fundamentação da decisão e da presunção da inocência (afinal, como resultado, sobrou para o réu, que foi condenado!).

Mas o mais duro de tudo isso é a dignidade da profissão de advogado. Imaginemos a cena. Uma audiência em que o trabalho do causídico é reduzido a algo absolutamente dispensável. A questão é saber se existe OAB em *terrae brasilis*. Para desagrar o advogado. Mas o mais grave, talvez, seja saber quem desagrará o réu? De fato, a República não vai nada bem.

Date Created

09/05/2015