

“Memoriais” No Processo Penal: A Consagração De Um Equívoco

Fábio André Guaragni

*Promotor de Justiça;
Mestrando em Direito Penal
pela U.F.P.R.; Prof. de
Direito Penal da Unipar-
Toledo, Faculdade de
Direito de Curitiba.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios do Devido Processo Legal e Imediação. 3. Das Hipóteses de Exceção. 4. Do Princípio da Convalidação dos Atos. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: A praxis adotada no processo penal brasileiro, no sentido de substituir sistematicamente os debates orais da audiência de instrução e julgamento por memoriais escritos, fere os princípios do devido processo legal, da oralidade e mediação, contrariando a tendência mundial do processo penal, no sentido de consagrá-los. Assim, é nula a determinação judicial de produção de memoriais escritos, nos processos cujos ritos prevêem instrução, debates e julgamento. Não se confundindo tal situação com aquela na qual as partes pedem pela substituição dos debates orais por memoriais, porquanto, neste caso não podem alegar nulidade, já que a estão promovendo.

PALAVRAS-CHAVES: Memoriais, Processo Penal, Ritos, Partes, Debates.

ABSTRACT: The accepted wont in the brazilian penal process, in the wayof systematitally displace the oral discuss of the instruction audience and judgement by written memorial, to offend the fundamental doctrine of due process of law, orally and mediation, countering the world-wide inclination of penal process, trying to acclaim it. Consequently, is invalid the judicial determination of written memorial producion, in the process such rite antecipated instruction, argues and judgement. Didn't confusing that situation with that where the parts asks for the oral discuss substitution instead memorials, there fore, in this case they can't argue the invalidation, at once that they are furthering it.

KEYWORDS: Memorial, Penal Process, Rite, Parts, Discuss.

1. Introdução

A "praxis" forense, na área processual-penal, tem sido rica em apresentar uma prática corriqueira e completamente equivocada de impulsão dos atos processuais nos casos de rito sumário. Trata-se da determinação, por parte do juízo, da confecção dos famosos "memoriais" em lugar dos debates orais que devem tomar lugar em audiência, por ocasião das razões finais.

Contra esta triste prática, que revela despreparo dos sujeitos do processo, primeiro, por deixarem de atentar para importantes princípios referentes ao processo penal e, segundo, para acobertar eventual temor das partes alusivo ao enfrentamento dos debates, lançamos considerações, conforme segue.

2. Princípios do Devido Processo Legal e Imediação

Na forma do art. 5o., inciso LIV, a Constituição Federal acolhe o princípio do devido processo legal. Embora a Carta Magna aponte como destinatário da norma o particular, dando especial enlevo ao "devido processo legal" como direito individual, é evidente que o Estado-acusador, ao exercer a pretensão veiculadora do "jus puniendi", também possui direito ao devido processo legal.

O conceito de devido processo legal ora em trato é eminentemente processual (já que também se apresenta o princípio por uma vertente material), dizendo com o "procedural due process" americano. Dele exsurgem inúmeros outros princípios, dentre os quais o da oralidade (que no caso está prevista para o rito sumário como característica maior da instrução, debates e julgamento) e da imediação.

O eminente Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (Direito Processual Penal, vol. I. Coimbra, Coimbra Ed., 1.984, pp. 220/221), ao comentar a forma dos atos processuais (previstas a partir do "due process of law"), posiciona-se no sentido de serem instrumentais ao "modo de assunção das provas". Adiciona que:

"...publicidade, oralidade e imediação são máximas essenciais de conformação do processo penal sob um particular ponto de vista: o da forma de obter a decisão

que naquele se busca e a que tende." (p. 221)

Acrescenta o Professor português (op.cit., p. 232):

*"O processo será dominado pelo princípio da oralidade (...) quando a decisão é proferida com base em uma audiência de **discussão oral** da matéria a considerar. É exactamente isso - mas só isto - que com o princípio da oralidade se quer significar." (GN)*

Quanto ao princípio da imediação, bem fixa-lhe os contornos o Prof. JÜRGEN BAUMANN ("Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios Procesales", Buenos Aires: Depalma, 1.986, p. 87):

"El afán de dar al tribunal una impresión lo más fresca y directa posible de las persona y de los hechos (...) dio lugar al principio de la inmediateción."

Prossegue BAUMANN:

"A la ley interesa obtener una impresión fresca, directa y libre del polvo de las actas, la posibilidad de intervenir en forma permanente y la colaboración sin trabas de quienes participan en el proceso." (op. cit., p. 95)

Em síntese: a forma que dimana da legislação processual prevendo determinado rito, quando consagra a oralidade dos atos, atende a uma maneira - desejada em lei - de ordenarem-se os atos, para que o contato seja mais estreito entre os agentes processuais em cotejo com aquele permitido pela forma eminentemente escrita.

Mais ainda: fã-lo em conta do princípio da imediação, para conhecimento mais perfeito, pelo julgador, do que as partes pensam acerca da prova produzida, e de como elas devem ser dispostas perante o magistrado, segundo os interesses de quem as apresenta. O contato sensível com estes elementos de convicção - provas e debates - se desvanece sobremaneira no momento em que a forma escrita ganha corpo. Isto não é desejável.

E, por não ser desejável, a fixação do rito pela lei processual é impositiva, vale dizer, não há um "facultas agendi" dirigido ao juiz e as partes, e sim "norma agendi", configurando autêntica obrigação dos sujeitos processuais a observância do rito processual correto.

Conclui-se que não se trata de norma discricionária aquela que impõe o rito especial de natureza sumária e a forma oral para a instrução e debates nos crimes punidos com detenção, arts. 538/539, CPP, bem como nos episódios em que previsto na legislação esparsa (avultando os ritos especiais da Lei de Tóxicos e da Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade), e sim matéria vinculante, sem margens para opção por forma diversa, nomeadamente por parte do juiz, a quem compete prover a "regularidade do processo", na forma do art. 251, CPP (e obviamente não caberiam aqui aqueles argumentos menos elaborados no sentido de que o juiz não é "aplicador autômato da lei" ou expressão que o valha, pois a normatização neste caso não está aberta à atuação discricionária e a lei – de outro lado – é perfeita do ponto de vista dos princípios orientadores do processo penal, inclusive a nível constitucional-garantista).

3. Das Hipóteses de Exceção

Ao disciplinar pelo art. 539, CPP a existência de um rito sumário para os delitos punidos com detenção, bem como adotando-o na legislação esparsa (como nas já citadas Leis 4.898/65 e 6.368/76), deu o legislador especial ênfase aos princípios da oralidade, da concentração dos atos processuais e da economia processual.

A "praxis" tem consagrado, em alguns casos, a substituição da apresentação de sustentação final oral por memoriais, desde que ambas as partes tenham anuído ou postulado pela alteração. Condiciona-se a subversão da ordem processual à anuência de ambas as partes, com o exclusivo fito de afastamento de futuras alegações de nulidade, lastreadas no art. 564, inciso IV, C.P.P. Estas "hipóteses de exceção" não se tratam, como se vê, de dispositivos legais excepcionais ou situações de não aplicação da norma à vista de outra, e sim de situações de nulidade convalidadas.

Afinal, não existe hipótese legal autorizatória da alteração do rito processual, com substituição dos debates orais por memoriais

(ainda que complexa a causa, como é comum sustentar-se). Anoto que, no caso do art. 539, CPP, mesmo inexistindo testemunhas de defesa, deve o juiz designar data para audiência de debates e julgamento, tão só. É a aplicação expressa do texto legal.

Bem por isso decidiu o e. STJ (RT 697/360), em decisão citada por JÚLIO F. MIRABETE (Código de Processo Penal Interpretado, 2. ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 614):

"Inexiste nulidade, caso o Ministério Público e a defesa concordem em substituir as alegações orais por memorial."

Ilai-se, "a contrario sensu", que o rito legal não pode ser alterado quando há discordância de uma parte neste particular, e muito menos quando ambas as partes pretendem a adoção do rito legal em oposição ao juiz presidente dos atos processuais. Neste caso, ocorre nulidade processual, à evidência, por ofensa a formalidade essencial ao ato (no caso, o ato é a audiência de instrução e julgamento), omitindo-se os debates, que acabam vertidos em memoriais.

O raciocínio usual (verdadeiro "lugar comum" na matéria em enfoque) consistente na argumentação segundo a qual a adoção de rito mais amplo, ou o elastecimento de prazos, não acarreta em nulidade, por não gerar prejuízo às partes, é raciocínio errado.

Ora, a não adoção da forma legal, "per si", é prejudicial às partes, como demonstrado, porque a lei adota um ou outro rito conforme as finalidades, vantagens e desvantagens que o procedimento adotado traga. Não cabe ao julgador discutir estas vantagens, desvantagens ou finalidades, senão aplicar o rito. A discussão a respeito se dá em plano pré-legislativo.

Fosse ao contrário, o juiz poderia escolher o rito, sempre sustentando considerar este ou aquele mais vantajoso. Ora, isto não é possível (acrescento que também, e obviamente, não é possível que seja facultado às partes apresentarem as razões conforme desejem, porquanto se uma delas optar pela forma oral e outra pela forma escrita, haverá intolerável quebra do princípio da igualdade processual em face do prazo destinado a cada uma das formas procedimentais, com prejuízos para a parte que – obedecendo ao texto de lei – produz razões orais).

De outro lado, argumentar que o rito mais elástico – ordinário, em regra – comporta mais garantias de defesa por força de sua extensão, além de não ser veraz sob enfoque absoluto (pois o encerramento do feito de modo mais célere, muitas vezes, pode ser de interesse da defesa), não contorna o problema gerado pelo afastamento do princípio da imediação, que representa – na sua pureza – verdadeira garantia para as partes do conhecimento de suas alegações e provas pelo juízo. A privação da possibilidade de levarem as partes razões à imediata sensibilidade do julgador, de forma oral, desvela-se em prejuízo inafastável.

Por outro lado, um enfoque pragmático do problema igualmente é contributivo: o uso abusivo da elaboração de memoriais abarrotam as mesas de Promotores de Justiça e Defensores (nomeadamente defensores públicos), que deveriam estar atuando com maior vagar nos delitos mais graves, aos quais se aplica o procedimento ordinário.

4. Do Princípio da Convalidação dos Atos

O princípio em tela diz com a convalidação de atos nulos quando não houver prejuízo. Não serve, porém, como estribo de atos que **ainda não foram realizados**. Assim, toda vez que o juiz determina a produção de memoriais deliberadamente, em lugar de razões orais, seu procedimento é “contra lege”.

Existe diferença entre convalidar atos nulos, já realizados, para aproveitá-los, de um lado, e determinar seja um ato realizado de forma diversa daquela prevista na lei, de outro lado. No primeiro caso, o ato já se consumou; no segundo, ainda há de se consumir. Um diz com o passado; outro, com o futuro.

Neste diapasão, as seguintes ementas coligidas por MIRABETE (op. cit., p. 614):

"Nulidade. Ação de rito Sumário. Audiência de debates e julgamento substituída, entretanto, pela apresentação de memoriais. Inadmissibilidade. Preliminar acolhida"
(TACRSP RT 605/334)

"SUPRESSÃO DA AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO: A audiência de instrução, debates e julgamento é

formalidade indispensável nos processos por crime a que não é cominada, ainda que alternativa, a pena de reclusão. Desta forma a omissão importa em nulidade insanável, de acordo com o ar. 564, IV, CPP."
(TACRIMSP -RJDTACRIM 4/56)

No mesmo passo, TACRSP: RT 664/290. A propósito, leciona MIRABETE (op. cit., p. 615):

"Caracteriza-se nulidade, porém, quando encerrada a instrução, o juiz altera o rito legal, suprimindo a audiência de julgamento em nome da economia processual."

Com a máxima vênia, temos que a lei processual não faculta ao Juízo definir se devem as razões serem apresentadas oralmente ou por memorial, ou mesmo permitir às partes apresentá-las como quiser, o que também é comum. Faculta-se ao julgador - sim - o lanço da sentença por escrito, ao invés de reduzi-la a termo quando da audiência. Quanto às alegações, os arts. 538/539 CPP combinados, bem como os citados ritos especiais (Lei de Crimes de Abuso de Autoridade e Lei de Tóxicos) impõem a observância da oralidade e da concentração dos atos.

Neste passo, vale lembrar a recomendação pontuada pela Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado do Paraná, ganhando destaque o pronunciamento do Promotor de Justiça CID MARCUS VASQUES, no parecer 103/95-CGMP, preconizando...

"...preservar a legalidade do procedimento, abstendo-se de apresentar memoriais escritos em processos de rito sumário, em obediência aos princípios da celeridade, oralidade, sumariedade e indisponibilidade, e insistindo perante o Juízo local para essa seja a praxe e não o contrário..."

Em arremate, convém assinalar que tende o processo penal moderno para a oralidade dos atos, com vistas ao reforço do princípio da imediação, sendo os ritos preponderantemente escritos

incompatíveis com aquele. Neste sentido, JÚLIO B.J.MAIER, professor argentino, no excelente trabalho “Las nuevas Tendencias del Proceso Penal”(in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano IV, no. 16, out-dez./96, p. 81), após comentar acerca da audiência pública como primeiro pilar de reforma do processo penal proposta pelo Código Processual Penal tipo para a América Latina, sustenta-a não só como justiça de “portas abertas”, mas:

“...básicamente, enfrentamiento de acusador y acusado ante los jueces que lo decidirán, únicos habilitados para dictar la sentencia, y desarrollo de todo el procedimiento útil para decidir em uma audiencia continua, em la que sus protagonistas y los órganos de prueba se comuniquen em forma oral y directas.”

Neste passo, o nosso ordenamento é posto em crítica, porquanto elege o rito ordinário ou solene como básico (inclusive sendo subsidiário aos demais) e consagra em seus termos a forma escrita. Tal defeito mais se acentua quando – munidos juiz e partes de um rito oral, ainda que excepcionalmente – deixam de aplicá-lo.

5. Conclusões

Emergem, como conclusões:

- a) que a adoção do rito sumário para os casos previstos na lei (arts. 538 e 539, CPP, nos crimes punidos com detenção; ritos especiais, v.g., Lei de Crimes de Abuso de Autoridade e Lei de tóxicos) é obrigatória, pena de ferir-se o princípio constitucional do devido processo legal e seus corolários, os princípios da oralidade e imediação;
- b) que as situações comumente apontadas como exceções à aplicação do rito sumário em verdade tratam-se de casos em que, embora nula a adoção de rito diverso, esta não é decretada, por força da concordância de ambas as partes quanto à subversão da forma legal dos atos processuais;
- c) que a situação apontada na conclusão acima não se confunde com os casos – verificados às escâncaras – em que o juiz impulsiona o processo determinando a produção de memoriais em lugar de debates

orais, à revelia de uma ou ambas as partes, sendo que aqui está sendo deliberada a prática do ato de maneira nula, e não se aproveitando um ato já praticado de maneira nula por equívoco. Assim, não tem lugar, no caso “sub examen”, a invocação do princípio da convalidação, pertinente a atos passados, e não a atos futuros.

d) que tanto a legislação brasileira – adotando como regra o rito ordinário, eminentemente escrito - como a prática judicial da substituição dos debates orais por memoriais escritos ferem a tendência do moderno direito processual penal no sentido de consagrar a oralidade dos debates, em audiência una destinada à instrução e ao julgamento, como modelo básico de rito.

6. Referências Bibliográficas

CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ – *Parecer 103/95*.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “*Direito Processual Penal*.” Vol. 1
Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

MAIER, Júlio G. J. “*Las nuevas tendencias del Proceso Penal*” in
Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano IV, n.16, out/dez.
1996.

MIRABETE, Julio F. “*Código de Processo Penal Interpretado*” 2^a
ed. São Paulo : Atlas, 1994.