

15. O parecer do Ministério Público na superior instância

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça na Bahia

Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Salvador-UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS

Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

*“Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.”* (grifos no original).¹ O contraditório, por exemplo, obriga que a defesa fale sempre depois da acusação. Assim, no Processo Penal as testemunhas arroladas na peça acusatória são inquiridas em primeiro lugar, as alegações finais do réu são oferecidas também anteriormente as do acusador, e assim por diante... Segundo Étienne Vergès, a Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter*” (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).²

Questão que se mostra polêmica é o pare-

cer do Ministério Público na segunda instância. Como se sabe, na segunda instância, o Ministério Público, por intermédio de um Procurador de Justiça, exara um parecer escrito antes do respectivo processo criminal ser encaminhado para julgamento. É um privilégio que parece ferir alguns princípios basilares e algumas regras orientadoras do processo penal, como tentaremos mostrar a seguir.

Com efeito, sempre nos pareceu que este pronunciamento do Procurador de Justiça na segunda instância, ainda que na condição de *custos legis*, soava estranho, mesmo porque fiscal da lei também é o Promotor de Justiça atuante junto à primeira instância e, no entanto, nunca se dispensou a ouvida da defesa... Para nós, este privilégio fere o contraditório (ação versus reação), a isonomia (paridade de armas), o devido processo legal (a defesa fala por último) e a ampla defesa (direito do acusado de ser informado também por último).

Relembremos que “não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (*gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation*). O contrário é que se faz.”³

A propósito, Frederico Marques:

“Bem de ver é, porém, que na Justiça criminal, se apresenta algo esdrúxula essa função consultiva do procurador-geral, uma vez que o Ministério Público está constituído, precipuamente, como órgão da ação penal e da pretensão punitiva do Estado. Além disso, não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio, e com as garantias de defesa plena do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias. Daí se nos afigurar errônea e infeliz a disposição contida no art. 610 do CPP, sobre a abertura de vista

¹ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

² Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

³ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

ao procurador-geral.”⁴

Vejamos agora Tourinho Filho:

*“Mal saídos de uma fatigante atividade combativa, assumem função completamente imparcial, própria dos fiscais da lei e, muitas vezes, com várias e honrosas exceções, o custos legis é traído pelo Acusador, quebrando, assim, uma regra decorrente do devido processo legal, segundo a qual a Defesa fala por último... Ademais, o Procurador de Justiça, membro que é do Ministério Público, não pode ficar equidistante das partes. Entranhada e psicologicamente tem laços com uma delas. É difícil o corte desse cordão umbilical. E, para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal, deixando a apreciação do mérito aos Tribunais.”*⁵

Então, pergunta-se:

“no processo penal, quando o processo atinge o grau recursal qual das partes fala por último? O réu ou o Ministério Público? Os arts. 610 e 613 do Código de Processo Penal nos dão a resposta: o Ministério Público manifesta-se depois da defesa e, ordinariamente, a defesa sequer tem vista do que foi oficiado pelo MP – a não ser que requeira vista dos autos e se lhe for concedida. Alguns autores fundamentam tais incompreensíveis dispositivos legais com a função de fiscal da lei que o MP desempenharia nos recursos criminais. Ora, não se pode confundir a função de parte com a de fiscal da lei. No processo criminal por ação de iniciativa pública é o MP, uno e indivisível, quem oferece denúncia; é ele quem postula a aplicação da sanção penal; e é ele quem, mesmo em grau de recurso, tem legitimidade para sustentar oralmente o

*recurso do promotor, visando, até, à majoração da pena. Então, não se pode falar que o mesmo órgão público, o mesmo órgão do Estado, possa ser, ao mesmo tempo, fiscal da lei e parte, ao ponto de, na instância recursal, desaparecer a parte, permanecendo apenas o fiscal da lei, em uma estranha ação penal sem autor.”*⁶

Observa-se que é possível, ainda que em grau de recurso, haja a feitura de diligências ordenadas pelo relator, por força do art. 616 do Código de Processo Penal. Nesta hipótese, perguntamos quem estaria representando o Ministério Público nesta nova instrução. Evidentemente que se a diligência (uma acareação, por exemplo) fosse realizada no próprio Tribunal somente um Procurador de Justiça poderia atuar, o que vem a corroborar o fato de que, além de fiscal da lei⁷, continua ele como representante da parte acusadora. Neste aspecto, veja-se a lição de Ada, Scarance e Gomes Filho: *“o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes. Se o entender conveniente, converterá o julgamento em diligência para a produção de novas provas, destinadas à formação do convencimento de seus membros e poderá excluir as que considerar ilícitas do material probatório; se o considerar oportuno, poderá reinquirir o réu e será livre para levantar novas teses jurídicas. Apenas, deverá garantir que tudo isso seja feito em contraditório, na presença das partes, dando a estas a oportunidade de contradizer, inclusive provando. O contraditório, na melhor doutrina, não se limita às questões de fato, devendo abranger as questões de direito que o juiz levantar de ofício (Tarzia).”*⁸ Por outro lado, simplesmente suprimir o parecer ministerial não é possível, sob pena de se incorrer em nulidade

⁴ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. IV, 1. ed. 2ª tiragem, Campinas: Bookseller, 1998, p. 213.

⁵ Código de Processo Penal comentado, v. II, São Paulo: Saraiva, 4. ed., 1998, p. 351.

⁶ Castanho de Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti, O Processo Penal em face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. 1998, p. 85. Nesta obra, em carta dirigida ao autor, Tourinho Filho reafirma a sua posição acima transcrita, nos seguintes termos: *“Todos sabemos que os Procuradores eram Promotores. Como podem eles, da noite para o dia, perder a agressividade acusatória para adquirir a serenidade da toga? Com raríssimas exceções, os Procuradores quando se manifestam nas apelações e nos recursos em sentido estrito deixam entrever, com clareza, que o cordão umbilical que os liga à parte acusadora não foi cortado... Sendo assim, como podem atuar com imparcialidade? Ademais, como a defesa deve falar por último, a rigor, os autos deveriam sair da Procuradoria e ser encaminhados à OAB...”* (p. 1).

⁷ Mesmo porque, como diz Rogério Schietti Machado Cruz, *“a emissão de parecer não modifica a natureza da atuação do órgão ministerial em determinada fase da persecução penal. Trata-se de uma simples peça processual, que exterioriza a convicção de uma das partes, em linguagem aparentemente mais imparcial em relação à alegações finais ou às próprias razões do recurso, mas que, ressalte-se, provém de membro da mesma Instituição que, até então, promovera a ação penal, deduzindo a acusação contra o réu.”* (Garantias Processuais nos Recursos Criminais, São Paulo: Atlas, 2002, p. 91).

⁸ Recursos no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3. ed. 2001, p. 52.

absoluta, tendo em vista o disposto no art. 564, III, d, do Código de Processo Penal.⁹ Ademais, como afirma Rogério Schietti Machado Cruz,

*“[...] não se há de questionar a conveniência e utilidade da emissão de parecer escrito pelo Ministério Público, desde que – e aqui reside o ponto nodal da questão – se promove o contraditório sobre tão importante peça processual, promovendo a igualdade entre as partes e otimizando a ampla defesa.”*¹⁰

Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual “*autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado [...]*.”¹¹

⁹ Sobre o assunto, conferir Dóro, Tereza Nascimento Rocha / Grecco, Leonardo. O parecer acusatório do Procurador de Justiça nos autos da apelação criminal (Da notória desigualdade de armas no duelo entre promotor de justiça e advogado). Disponível em: <<http://direitocriminal.com.br>> . Acessado em: 5 out. 2001.

¹⁰ Garantias Processuais nos Recursos Criminais. São Paulo: Atlas, 2002. p. 93.

¹¹ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 175, junho/2007, p. 11.