

O parecer criminal do Ministério Público perante os Tribunais: ato essencial do processo.

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

Querem fazer do Ministério Público a quinta roda do carro?

1. Vem de longe, na doutrina, a tendência de considerar indevido o parecer criminal emitido pelo Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição, tal como regrado nos arts. 610 e 613 do CPP.

FREDERICO MARQUES e, mais recentemente, TOURINHO estão entre os autores que mais fustigam a presença do Ministério Público naquela fase, muito embora fazendo uso de argumentações distintas. O simples fato de dois totens do processo penal brasileiro assumirem posição doutrinária tão radical em relação ao *thema* é motivo, mais que suficiente, para meditação.

2. FREDERICO MARQUES, ⁽¹⁾ no início da década de sessenta do século passado, considerava "errônea e infeliz a disposição contida no art. 610 do CPP, sobre a abertura de vista ao procurador-geral". Porém, sustentava que, naquela disposição, a participação do *Parquet* "só se afina com os princípios do nosso processo penal se for entendida em termos restritos". E acrescentava: "o procurador-geral só deveria ter vista dos autos não para neles officiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites pelo juízo *ad quem*".

Sem deslustrar o grande mestre do processo penal a quem todos reverenciamos, confesso minha perplexidade a respeito dos termos vagos e imprecisos com que a matéria está posta em seu ensinamento. O que pretenderia o douto professor ao afirmar "tomar conhecimento da causa" ou, ainda, "acompanhar seus trâmites"? Ele mesmo, sentindo a indefinição do que antes dissera, justifica a vista para que o procurador-geral verifique se deve ou não fazer sustentação oral da acusação, buscando colocar-se a par das questões debatidas no recurso. Portanto, no seu entendimento, a tanto se resumiria a atuação do *Parquet* nos tribunais: sustentação oral do procurador de justiça quando do julgamento da causa, caso assim desejasse.

(1) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 221, Forense, Rio, 1965, 1ª edição.

Do mesmo sentir é a posição de TOURINHO ⁽²⁾ se bem que por razões outras. Salieta o eminente professor de processo penal que o Ministério Público, na segunda instância, deveria limitar sua atuação à análise dos processos “sob o aspecto formal”, deixando o mérito para ser apreciado pelos Tribunais. Segundo ele, o procurador de hoje é o promotor de ontem, a impedir que o Ministério Público fique equidistante das partes. Decerto haveria uma tendência natural em prol da acusação até mesmo por mero *esprit de corps*. Não esclarece o renomado processualista o que seja o “aspecto formal” do recurso, ao afastar o *Parquet* do exame da questão de fundo. É justo especular-se que estaria a restringir a atividade do procurador de justiça ao exame dos pressupostos objetivos do recurso (previsão legal, tempestividade e formalidade legal) bem como dos subjetivos (sucumbência, interesse e legitimidade). Terminaria aí sua atuação, sem dúvida, bem mais limitada que a do Promotor de Justiça! Ou será que estarei errado na interpretação da sua lição, sempre respeitável, a respeito da matéria?

3. Para um perfeito exame do assunto, cumpre estudá-lo, inicialmente, à luz do Texto Magno. Com efeito, dispõe o art. 127 ser o Ministério Público instituição essencial à função jurisdicional do Estado com a incumbência da defesa da ordem jurídica. O aludido dispositivo integra a Seção I do Capítulo IV da Carta Magna que cuida das funções essenciais à justiça.

Já tivemos a oportunidade de analisar a questão em outra ocasião e para fins outros,⁽³⁾ mostrando que a questão ontológica que se põe repousa, unicamente, no exame do conceito que o vocábulo essencial encerra.

Que vem a ser função essencial?

Como ensinam os dicionários, função essencial é aquela que não pode ser postergada, justamente por ser indispensável, integrando a natureza das coisas.⁽⁴⁾ Daí que a obrigatoriedade da presença do Ministério Público no processo penal assume o caráter de norma imperativa, de *ius cogens*, de maneira que não é lícito derogá-la para qualquer fim, em razão do que a Lei Maior dispôs. Em caso contrário, seria pura retórica a colocação que a matéria ganhou perante a Constituição Federal de 1988. Estaríamos diante de um discurso primoroso da Lei das Leis, porém vazio de conteúdo, destinado a não operar no plano real.

Quando se faz alusão à essencialidade da presença do Ministério Público no processo penal, há que se entender que sua atuação se dará de forma plena, abrangendo todas as questões discutidas no recurso, quer aquelas de forma quer aquelas de fundo. Para tanto, deverá exarar parecer escrito, necessariamente fundamentado, como exige a *Lex Maxima*, pois, segundo ela, obrigado está a indicar, sempre, “os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII). Além disso, terá a faculdade de realizar sustentação oral perante o Tribunal, desde que entenda cabível a providência. Em ambas as ocasiões,

⁽²⁾ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 2, p. 361, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

⁽³⁾ O *thema* mereceu delongado exame por ocasião do meu estudo “A questão do Promotor *ad hoc*”, in *Temas de Processo Penal*, p. 229 e seguintes, Editora *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2000.

⁽⁴⁾ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, Editora Nova Fronteira, p. 574.

abrangendo qualquer matéria, substantiva ou processual, pôr ventura agitada no recurso.

Ao contrário do que sustentam aqueles eminentes professores, nunca assaz louvados, seria inconcebível a presença mitigada do Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição somente para fazer eventual sustentação oral (como entende FREDERICO MARQUES) ou, ainda, para dizer se o recurso é tempestivo, se houve sucumbência, se a parte dispõe de legitimidade *et quid genitu* (como sustenta TOURINHO). É interessante observar que FREDERICO MARQUES não exclui o exame, ainda que parcial, da questão de fundo, ao passo que TOURINHO somente admite que o Ministério Público se manifeste sob o aspecto formal, vedando ao procurador de justiça a discussão de qualquer questão de mérito, sob o argumento de que faltaria ao membro do Ministério Público a necessária isenção para o exame daquela matéria, pois o Procurador de hoje nada mais é que o Promotor de ontem.

Penso, *data venia*, que o Ministério Público não merece tamanha desconfiança. Vai longe o tempo em que se via no Promotor um acusador sistemático, colecionador dos anos de condenação que obtivera, no exercício das suas atribuições, para enriquecer seu currículo. Na atualidade, dentro de uma visão moderna da Instituição, não mais se concebe tal postura.⁽⁵⁾ Não conheço um trabalho de doutrina que defenda tal ponto de vista totalmente superado. Todas as escolas de formação do Ministério Público ensinam ser dever da Instituição pugnar por um **processo justo**.

Dessa maneira, o *Parquet* atua como *custos legis*, equidistante das partes, quando chamado a valorar o fato penal em julgamento. Assim deve ser. Averbese que o Ministério Público não julga, não estando, dessa forma, o Tribunal vinculado ao seu pronunciamento, tal como ocorre em relação ao pedido de absolvição apresentado pelo Promotor de Justiça na primeira instância (art. 385 do CPP). Se houver excesso acusatório, os juízes saberão depurar o parecer, dele escoimando o que entenderem incabível.

É justamente por tal razão que, como fiscal da lei, o procurador de justiça fala por último (arts. 610, parágrafo único e 613 do CPP). Diversa, porém, situa-se a disciplina que a lei emprestou às razões finais do promotor de justiça perante o primeiro grau de jurisdição. Lá, como parte autora, o Ministério Público postula em primeiro lugar (arts. 500, I e 538, § 2º do CPP), norma também seguida em todas as leis extravagantes. No entretanto, mesmo atuando como parte, ele o faz de forma imparcial, pugnando, quando for o caso, pela absolvição do réu (art. 385 do CPP), podendo, inclusive, recorrer contra uma condenação que repute injusta.

⁽⁵⁾ Em longo e minucioso estudo, elaborado em 1992, procurei esboçar as linhas gerais que um bom parecer criminal deve conter, analisando não somente os aspectos técnicos mas ferindo, igualmente, o comportamento ético do parecerista para com o juiz, o réu e seu advogado. Para eventual consulta, veja-se: *Justitia*, vol. 169, p. 09 e seguintes, 1995, Órgão do Ministério Público de São Paulo.

Vale a observação de que constitui nulidade a falta da intervenção do Ministério Público em **todos** os termos da ação por ele intentada e nos da proposta pela parte ofendida quando se tratar de ação pública (art. 29 do CPP), consoante dispõe o art. 564, III, "d" do CPP. Verifica-se, destarte, que a presença do *Parquet* é erigida no processo penal à qualidade de norma perfeita, cuja inobservância sofre a sanção de nulidade.

Guarda, assim, a lei processual penal perfeita consonância com o tratamento que a matéria recebeu perante a Constituição Federal ao considerar inafastável a presença do Ministério Público no processo penal, sem fazer qualquer distinção entre a sua atuação na primeira instância e aquela do parecerista oficiante no segundo grau de jurisdição.

4. Cabe destacar que tanto o art. 610 como o 613 do CPP não usam o vocábulo "parecer", indicando, apenas, que os autos "irão com vista ao procurador-geral pelo prazo..." e, em seguida, passarão ao relator, e, após, ao revisor (quando for o caso).

Porém, como é óbvio, a vista destina-se à prolação de parecer, até porque a Lei Magna exige dos membros do Ministério Público, em qualquer caso, a indicação dos "fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (art. 129, VIII), tal como ocorre com a magistratura judicante (art. 93, IX). Incumbe assinalar que o próprio professor JOSÉ FREDERICO MARQUES alude ao fato de que os autos são enviados, com vista, ao procurador de justiça para fim de parecer, seguindo, após ele, ao relator...⁽⁶⁾

Para que fim outro o recurso iria ter às mãos do procurador de justiça?
Para ele apor seu "visto"?

Ou ainda, para dizer que o recurso é tempestivo. E ponto final!

Ou, finalmente, para protestar que, no momento oportuno, faria sustentação oral?

Evidentemente que não. Seria risível manter-se um Procurador de Justiça ocioso, vazio de funções no Tribunal!

Com o devido respeito que nutro pelas opiniões contrárias ao meu pensamento, não posso admitir como aceitáveis tais colocações doutrinárias, ainda que originárias de nomes que me mereçam o maior respeito e admiração.

5. Chego, agora, a uma questão crucial, que, ao meu pensar, bem demonstra a essencialidade do parecer. Estou a referir-me ao prequestionamento ^(6-A) da questão federal constitucional indispensável para a eventual interposição do recurso extraordinário (Súmula 282-STF) por parte do Ministério Público. Sabe-se que, se a questão constitucional não foi ventilada na decisão recorrida, a Turma ou Plenário não conhecerá do apelo raro por contrariar a jurisprudência predominante do Excelso Pretório. Aliás, em tal caso, o próprio relator, quando do ingresso da causa na Suprema Corte, poderá julgar prejudicado o

⁽⁶⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 254, Forense, Rio, 1ª edição, 1965.

^(6-A) Há autores que não usam a forma aglutinada do vocábulo, preferindo adotar pré-questionamento.

extraordinário assim interposto (art. 21, IX, e § 1º do RISTF). Por sinal, o prequestionamento da matéria constitucional deve ter origem no apelo da parte, impondo-se, então, que o Tribunal, ao julgar o recurso, venha a manifestar-se sobre a **questão** e, caso não o faça, cumpre ao interessado opor embargos de declaração em relação ao ponto omissis da decisão (art. 619 do CPP). Pois bem: o interessado não é somente a parte recorrente mas também o parecerista que examinou a questão antes do julgamento e que, como fiscal da lei, poderá opor embargos de declaração no objetivo de suprir a omissão do *decisum*. Ora, caso não houvesse atuado no segundo grau de jurisdição emitindo parecer sobre questão constitucional, o Ministério Público jamais poderia recorrer extraordinariamente pois não abordara, de forma expressa e mediante parecer escrito, o tema ensejador do extraordinário. Demais disso, como poderia opor embargos declaratórios, quando cabíveis, caso não tivesse manifestado opinamento por ocasião do parecer ministerial a respeito do *thema decidendum*, pois sequer estudara a matéria, deixando-a registrada no corpo dos autos, tudo nos termos da Súmula 356 do STF. Trata-se de tema complexo, sujeito a severo juízo de admissibilidade, que não admite improvisação.

Aliás, fico a indagar, perplexo, no final das contas, que faria o procurador de Justiça na segunda instância?

De que valeria dar-lhe ciência do acórdão se ele não manifestou sua *opinio* sobre o recurso, pois, como sabido e ressabido, não está ele vinculado ao entendimento do promotor de justiça, recorrente ou recorrido, que oficiou perante o juízo *a quo*?

Acrescente-se que o Promotor de Justiça recorrente não atua perante o Tribunal.

Diga-se o mesmo, *mutatis mutandis*, em relação ao recurso especial, pois também ele fica sujeito ao prequestionamento na decisão recorrida da questão federal suscitada. Como de conhecimento comum, a Constituição Federal de 1988 criou o recurso especial com o objetivo de substituir o recurso extraordinário quando em jogo questão federal relacionada com a uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais. Daí que o especial, basicamente, segue procedimento assemelhado ao do apelo extremo.

Ora, sem parecer ou com parecer mutilado (o que dá no mesmo), como poderia o procurador de justiça interpor recurso especial, pois, sequer, oficiara nos autos examinando o(s) recurso(s) em toda a sua extensão?

Para que dar-lhe ciência do *decisum*?

Para adornar os autos com um pomposo "ciente", tendo em conta que inexistiria, nos autos, qualquer vestígio escrito e documentado de sua presença no decorrer do procedimento recursal perante o Tribunal?

6. Não bastassem todos os argumentos expendidos até aqui e teríamos outro, agora definitivo, que põe término a qualquer discussão que a matéria ainda pudesse ensejar. Refiro-me à lei federal que exige, expressamente, a participação **efetiva** e não apenas formal do Ministério Público perante o Tribunal. Ela vem indicada no art. 41, III, da Lei 8625, de 12.2.93 (LONMP), onde está dito

que constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício da sua função:

(*omissis*) ...

“III – ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria do fato.” (grifo meu)

Pode-se observar que a lei faz perfeita distinção entre os dois momentos processuais:

- a) a vista após a distribuição ao Colégio respectivo para parecer;
- b) sustentação oral e esclarecimento de matéria de fato (se for o caso) por ocasião de sua intervenção nas sessões de julgamento.

Caso não houvessem estes dois momentos, na sua atuação, a conjunção aditiva “e” ficaria deslocada no texto.

Examinando o dispositivo em questão, assinala DECOMAIN ⁽⁷⁾ que:

“A prerrogativa na verdade constitui verdadeira **regra do Direito Processual**, definindo-se em que momento caberá ao Ministério Público intervir nos feitos nos quais lhe incumba **oficiar**, quando estes estejam tramitando perante a segunda instância judiciária.

Cuida-se de **prerrogativa relacionada a procedimento** e, como tal, diretamente ligada **também ao processo**, razão pela qual era e é passível de disciplinamento através de lei da União, em especial ordinária (cf., art. 22, I, competência da União para legislar sobre direito processual) [destaques meus].

Verifica-se, destarte, que a matéria é **processual**, não comportando tergiversação.

Portanto, o ato de oficiar perante os Tribunais há de ser exercido **plenamente** sob pena de violar-se a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), *mare magnum* onde desaguam todas as demais garantias processuais de índole constitucional (contraditório, juiz natural, promotor legal e ampla defesa).

⁽⁷⁾ PEDRO ROBERTO DECOMAIN, *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, p. 347, Editora Obra Jurídica, 1996, Florianópolis, Santa Catarina.

7. Torna-se necessário, ao findar, tecer severo reparo a certa corrente doutrinária que vislumbra na atuação do Ministério Público perante os Tribunais a função de órgão consultivo.⁽⁶⁾ O procurador de justiça não oficia como órgão consultivo de qualquer juiz ou Tribunal. Para tanto, os magistrados dispõem de assessores que lhes prestam relevantes serviços de consultoria. Tal colocação, de todo equivocada, demonstra total erronia a respeito do que seja a presença do Ministério Público nos feitos criminais que lhe vão com vista. Assessor não recorre, é subordinado ao juiz, fazendo o que juiz lhe determina. O procurador de justiça, ao contrário, serve à lei, através do seu parecer *isento*, que se distingue, basicamente, do parecer apresentado pela parte interessada na defesa da sua pretensão recursal (geralmente elaborado por jurista de nomeada contratado pelo interessado). Seu opinamento resguarda completa liberdade de opinião, valendo notar que nem mesmo o procurador-geral pode interferir no seu pronunciamento em razão da sua independência funcional assegurada pela *Lex Legum* (art. 127 § 1º, *in fine*, da CF). Tal disposição constitucional vem reafirmada na Lei 8.625, de 12.2.93 (LONMP) em seu artigo 41, V.

Considero, pois, com todas as vênias possíveis e imagináveis, erro crasso qualquer assemelhação que se possa fazer entre o consultor e o procurador de justiça.

8. Minha finalidade nestas breves e despretensiosas linhas foi, antes de tudo, informativa, buscando desfazer equívocos. No entanto, não pude deixar de aflorar, na medida em que os diversos temas ganhavam desenvolvimento, diversos juízos de valor, deixando bem nítidas minhas próprias opções, coincidentes, sem dúvida, com o moderno conceito de Ministério Público.

Rio, outono de 2001.

⁽⁶⁾ SEABRA FAGUNDES, *Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*, p. 44, 1948, *apud op. cit.* in n° 01, dessas notas, pp. 220/221.

⁽⁷⁾ SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.