



MÁRCIO CALADO DA SILVA

**PRIVILÉGIO DO ÓRGÃO ACUSADOR: a possível inconstitucionalidade do
parecer do procurador-geral nos tribunais**

Ji-Paraná,
2019

MÁRCIO CALADO DA SILVA

**PRIVILÉGIO DO ÓRGÃO ACUSADOR: a possível inconstitucionalidade do
parecer do procurador-geral nos tribunais**

Artigo apresentado no Curso de graduação em Direito, ao Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Marcos Antônio Duarte Silva

Ji-paraná,
2019

S258p

Silva, Márcio Calado da

Privilégio do órgão acusador: a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais / Márcio Calado da Silva. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019.
28 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Marcos Antônio Duarte Silva

1. Privilégio. 2. Inconstitucionalidade. 3. Procurador Geral. 4. Parecer. I. Silva, Marcos Antônio Duarte. II. Privilégio do órgão acusador: a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais.

CDU 347.921

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

MÁRCIO CALADO DA SILVA

PRIVILÉGIO DO ÓRGÃO ACUSADOR: a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Marcos Antônio Duarte Silva.

Ji-paraná, _____ de _____ de 2019.

Resultado: _____.

Avaliadores

_____	_____
Titulação e Nome	Instituição
_____	_____
Titulação e Nome	Instituição
_____	_____
Titulação e Nome	Instituição

PRIVILÉGIO DO ÓRGÃO ACUSADOR: a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais¹

Marcio Calado Silva²

Marcos Antônio Duarte Silva³

RESUMO: O artigo aqui apresentado objetiva-se desenvolver uma análise jurídica acerca do privilégio do órgão acusador frente a uma possível inconstitucionalidade do parecer do procurador geral nos tribunais. Apresentam-se, neste sentido, argumentos relativos ao princípio do contraditório e da ampla defesa previsto na Constituição Federal de 1988, que resumidamente quer dizer que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma sentença condenatória sem ter condições suficientes de proceder com sua defesa. Mais adiante o estudo aborda o sistema piramidal do artigo 59 da Constituição Federal de 1988, apresentando algumas considerações da doutrina sobre o processo legislativo. A pesquisa busca o fechamento fazendo uma análise dos artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal, e o privilégio do órgão acusador a partir do entendimento que o parecer do procurador- geral gera um desequilíbrio processual atentando contra os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, podendo-se concluir que há de fato uma inconstitucionalidade do parecer do procurador- geral nos tribunais quando se obedece ao artigo 610 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Privilégio. Inconstitucionalidade. Procurador Geral. Parecer.

PRIVILEGE OF THE ACCUSING BODY: the possible unconstitutionality of the attorney general's opinion in the courts

ABSTRACT: The article presented here aims to develop a legal analysis about the privilege of the accusatory body against a possible unconstitutionality of the opinion of the attorney general in the courts. In this sense, arguments are presented concerning the principle of adversarial proceedings and ample defense provided for in the Federal Constitution of 1988, which briefly states that no one may suffer the effects of a conviction without having sufficient conditions and proceed with his defense. Later, the study approaches the pyramidal system of article 59 of the Federal Constitution of 1988, presenting some considerations of the doctrine on the legislative process. The investigation seeks closure by analyzing Articles 610 and 613 of the Code of Criminal Procedure and the privilege of the accusing body from the understanding that the Attorney General's opinion generates a procedural imbalance against the constitutional principles of the adversary and ample defense, and it can be concluded that there is in fact an unconstitutionality of the attorney general's opinion in the courts when it obeys article 610 of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: Privilege. Unconstitutionality. Attorney General. To pounce.

1INTRODUÇÃO

O artigo aqui apresentado objetiva-se desenvolver uma análise jurídica acerca do privilégio do órgão acusador frente a uma possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais.

¹ Artigo apresentado ao Curso de Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas como Pré-requisito para conclusão do curso, e obtenção do Título de Bacharel em Direito sob orientação do professor Marcos Antônio Duarte da Silva.

² Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas, 2019. Email:marciocalad@hotmail.com

³ Professor orientador do artigo. Colocar titulação do Prof. Marcos.

Inicia-se a argumentativa com uma abordagem do princípio do contraditório e da ampla defesa. Os princípios delineados estão previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, afirmando que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No que tange ao contraditório, tem-se que é a possibilidade de contradizer as alegações da outra parte em todos os pontos e questões suscitadas. Já a ampla defesa está ligada a possibilidade de se assegurar condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe, a fim de firmar o convencimento do julgador. Dentre elas apresente-se a garantia à defesa técnica, com objetivo de garantir a paridade de armas (*par conditio*), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e injustiça processuais dos meios, artifícios e ferramentas que a defesa possui, para que os direitos de seu cliente não sejam maculados, como também a assistência de um profissional capacitado para equilibrar as relações entre acusação (Ministério Público) e a defesa (realizada por um advogado).

É justamente aqui que se inicia a discussão sobre a temática, pois segundo o preceituado nos artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal, nos recursos em sentido estrito, com exceção do de habeas corpus, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento. É realizada uma análise deste artigo (610) e 613 do Código de Processo Penal.

Dando seguimento, os artigos supracitados preveem que depois de anunciado o julgamento pelo Presidente Tribunal, e apregoadas às partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará a exposição do feito e em seguida o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e por fim ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo.

Assim sendo, percebe-se que o Legislador errou ao permitir que o procurador-geral emita um parecer, visto que desequilibrou a nosso ver a relação processual, pois querendo ou não o procurador-geral é um Membro do Ministério Público, ainda mais graduado hierarquicamente, devendo a ele submissão, ainda que muitos

firmem que tal parecer é tão somente atuando como *custus legis*, ou seja, o Ministério Público atua como fiscal da Lei. Deste modo, verifica-se que a relação processual foi desequilibrada, ferindo também aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como poderá ser visto no decorrer da argumentação.

1.1 Privilégio do órgão acusador: uma análise sobre a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais

Dois dos princípios a que se consubstanciam o Direito Processual Brasileiro e a *Lex Mater* são a ampla defesa e o contraditório. Estão dispostos tanto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, bem como no Código de Processo Penal, nos artigos 610 e 613. No que tange ao diploma processual penal, os artigos mencionados determinam que o procurador-geral emita um parecer após a manifestação da defesa nas argumentativas nos recursos de instâncias de segundo grau, bem como seja o último a fazer a sustentação oral.

Este ato de emissão de parecer técnico por parte do procurador-geral apresenta um desequilíbrio na relação processual, frente ao fato das últimas argumentações serem por parte do órgão acusador. É, portanto, objetivo deste artigo apresentar posicionamentos frente a este embate de diplomas (artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal e artigo 5º inciso LV da Constituição Federal).

Para isto, delinearemos algumas questões que achamos bastante pertinentes, como análise jurídica do princípio do contraditório e da ampla defesa, o sistema piramidal do artigo 59 da Constituição Federal de 1988, os artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal, o conflito de normas entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988, os possíveis prejuízos da defesa advindos da exalação do parecer frente às garantias constitucionais e supralegais, posicionamentos contrários e favoráveis sobre a questão, e por fim o privilégio do órgão acusador quanto a uma possível inconstitucionalidade do parecer do procurador- geral nos tribunais.

1.2 Análise Jurídica do Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Segundo Mendes e Branco:

No processo penal, o princípio da ampla defesa e o do contraditório têm, por razões óbvias, aplicação significativa e analítica. Entende-se que não só não pode haver condenação sem defesa, como também que, na falta de defensor do réu, defensor dativo deve ser designado para o patrocínio da causa (art. 263 do CPP) (2015, p. 456).

Os autores apresentam como uma razão do processo penal a possibilidade de defesa do réu, pois não pode existir uma condenação sem defesa, e na falta de um defensor deve-se designar um defensor dativo.

Previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio da ampla defesa e do contraditório se apresenta da seguinte forma no texto:

LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Segundo André Ramos Tavares:

Ampla defesa é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe. Entre as cláusulas que integram a garantia da ampla defesa encontra-se o direito à defesa técnica, a fim de garantir a paridade de armas (par conditio), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e injustiça processuais (2012, p. 761).

O comentário acerca da ampla defesa, segundo Tavares (2012), já nos traz importantes considerações acerca do instituto da ampla defesa. Primeiramente que um réu deve ter assegurado à defesa técnica. Mas o que seria isto. Trata-se dos meios, artifícios e ferramentas que a defesa possui para que os direitos de seu cliente não sejam ultrapassados, como também a assistência de um profissional capacitado para equilibrar as relações entre acusação e a defesa.

Quanto ao contraditório, com brilhantismo que lhe é peculiar, Tavares leciona que

Contraditório é decorrência direta da ampla defesa, “impondo a condução dialética do processo (par conditio)”. Ademais, pode-se seguramente afirmar que o princípio do contraditório vincula-se ao princípio maior da igualdade substancial. [...] Todo o ato ou fato produzido ou reproduzido no processo por qualquer de suas partes deve dar ensejo ao direito da outra de se opor, de debater, de produzir contraprova ou fornecer sua versão, ou interpretação daquele ato ou fato apresentado. O contraditório exige, ainda, a igualdade de possibilidades no processo (2012, p. 762).

Ao analisar a posição do autor, percebe-se que o contraditório é oriundo do princípio da ampla defesa, ou seja, é uma prerrogativa para que haja andamento, e

não nulidade do processo (o debate de idéias), a defesa deve ter no processo a chamada igualdade substancial, isto é, tanto defesa quanto acusação devem ter meios de refutar o argumento contrário postos na lide, devem ter ferramentas processuais que possam ser utilizadas para defender os interesse das partes defendidas.

Tavares faz alusão ao Ministro Celso de Bastos sobre a temática que muito significativamente explica posições de defesa e acusação:

A própria posição específica de cada um já lhe confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe, pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio da igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes (2012, p. 762).

O Ministro Celso de Bastos aborda a questão afirmando que as duas partes, defesa e acusação, possuem benefícios e responsabilidades. Primeiramente o autor da ação pode escolher o momento da proposição, à defesa esta ferramenta é negada, justamente por isso o Código de Processo Penal apresenta meios compensatórios desta perda de iniciativa. Desta forma o contraditório e a ampla defesa buscam restaurar a igualdade entre defesa e acusação, ante a disparidade de armas entre o acusado e o Estado-acusador.

Desse modo, o princípio do contraditório consubstancia-se no entendimento de que a participação das partes no processo se dá no objetivo de impugnar alegações que chocam com seus interesses, influenciando no convencimento do magistrado (LESCANO, 2010).

Não resta dúvida que a ampla defesa e o contraditório são importantíssimas ferramentas da defesa. É através do cumprimento e observação dos órgãos jurisdicionais desses princípios que o acusado terá conhecimento do que lhe está imputado, podendo a defesa confrontar alegações e provas que interessam ao *Parquet*.

Para Aury Lopes Jr.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do

Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (2016, p. 80).

Lopes Jr (2016) explica bem afirmando que a própria existência da dialética do processo exige o contraditório. Trata-se de um “método de confrontação” da verdade. Outra característica interessante apresentada por Lopes Jr (2016) é que o magistrado escuta as alegações de ambas as partes (ou assim deve o fazer) sob pena de tomar um posicionamento parcial, pois o processo exige que tenha conhecimento das duas versões dos fatos. Assim sendo, o contraditório de fato se forma a medida que é observado as condições ideais de fala e oitiva da parte reversa, ainda que a mesma não queira utilizar tal direito, deve ter a faculdade.

Trazendo essa necessidade de imparcialidade para a questão em discussão, Medeiros ensina:

Discute-se de longa data, na doutrina, se o Ministério Público, no processo penal, é parte ou fiscal da lei. A afirmação de que o MP é fiscal da lei é insustentável. Quem é parte em processo judicial? É parte quem dele participa interessadamente, ou seja, com interesse, pouco importando se o interesse é próprio ou de terceiro. Sim, quem representa terceiro também é parte, pois age no processo interessadamente e, logo, com parcialidade. O interesse provoca a parcialidade, e essa é inerente ao conceito de parte. Incumbe, no processo penal, à acusação velar pelo interesse social de punição dos culpados, e à defesa, o encargo de proteger o interesse social de absolvição dos inocentes. Assim, o MP não é fiscal de lei nem age no processo como custos legis, já que, representando interesse, não é imparcial. Se fosse imparcial, não seria parte. Se fosse imparcial, não precisaria juiz. Imparcial é o juiz. A função de ser imparcial pertence ao juiz, não ao Ministério Público, e não pode esse órgão tentar usurpar a função jurisdicional (2017, p.1).

Partindo para uma análise da ampla defesa acredita-se que ela garante ao acusado o direito de anexar nos autos do processo meios de provas que se ache pertinente e que lhe tragam alguma vantagem processual, no deslinde da ação e na busca verdade real. É a ampla defesa que garante à acusação e a defesa a possibilidade de apresentar as suas versões, objetivando-se elucidar os fatos, contrariar as alegações contrárias, acusação que é imputada. Nessa perspectiva, assegura-se a defesa técnica na qual a parte será auxiliada por um advogado e, defesa pessoal, quando o próprio réu exercerá a defesa, através de depoimento, de provas, de acareação ou até mesmo do silêncio (LESCANO, 2010).

Como legislação internacional pertinente a argumentativa apresenta-se o Pacto de São José da Costa Rica, que regula o direito da ampla defesa, no artigo 8º, inciso I, com o seguinte entendimento:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969)

Não há, portanto, como separar no plano prático o princípio do contraditório e da ampla defesa, ainda que Lopes Jr afirme o contrário, sendo:

Contudo, contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. Pellegrini Grinover explica que “defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (2016, p. 80).

E no contexto aqui estudado o Ministério Público tem a obrigação de acusar, pois sua função é essa, e se assim não o fosse não haveria contraditório, conforme ensina Medeiros,

O MP não é, nem pode nem deve, ser imparcial, do contrário não haveria o indispensável contraditório no processo penal. A ação penal, o processo penal, funda-se na dúvida quanto à relação jurídica que vincula o Estado ao acusado, se é aquela relação jurídica em que o Estado detém o direito de punir (se o acusado é culpado — sujeito passivo da relação), ou se é aquela outra em que o acusado detém o direito de liberdade (se o acusado é inocente — sujeito ativo da relação). Havendo essa dúvida, é pacífico, e é da sistemática da ordem processual, o MP deve acusar. Diante da prova duvidosa, deve denunciar. Na dúvida, deve fazer a persecução do delito (2017, p. 1-2).

É, portanto, a partir do contraditório que surge o exercício da defesa. É visto por duas dimensões, na primeira a respeito do direito das partes à informação (na perspectiva de conhecimento), e a segunda dimensão “a efetiva e igualitária participação das partes”. É a possibilidade de igualdade de armas, de oportunidades entre as partes.

Nesse sentido caminham Mendes e Branco:

Para o pleno exercício do direito de defesa é necessário o irrestrito acesso aos autos por parte do defensor do acusado, sob pena de conversão do processo judicial em feito inquisitorial, sem a proteção dos princípios do

contraditório e da ampla defesa. Questão que aflora nestes casos é a da compatibilidade de ambos os princípios com a existência do inquérito, policial ou judicial, que é inquisitório por natureza jurídica, e sobre o qual não vige o princípio em questão. O STF tem entendido que, mesmo não havendo a incidência do princípio do contraditório no inquérito, o direito ao amplo acesso aos autos precisa ser respeitado. A questão se torna mais relevante quando se trata de feitos em que foram deferidas medidas invasivas que reduzam as esferas da intimidade, da liberdade e da privacidade (2015, p. 457).

Não se pode criar qualquer obstáculo, tanto para a defesa como para a acusação, no processo que julgue respeitar os princípios em comento, sob o risco do processo judicial se transformar em um feito inquisitorial, como o autor afirma, não observando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

1.2 O sistema piramidal do artigo 59 da Constituição Federal de 1988

O artigo 59 da Constituição Federal de 1988 apresenta o seguinte teor:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (BRASIL, 1988).

Ao olhar este artigo resta claro que a principal função do processo legislativo é a criação, ou elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções. Lembrando que as leis complementares disporão acerca da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (BRASIL, 1988).

Segundo Mendes e Branco:

A edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações, é função típica do Poder Legislativo. O art. 59 da Constituição Federal lista os instrumentos normativos compreendidos na regulação que o constituinte desenvolve nos dispositivos seguintes. Cogita da Emenda à Constituição, das leis complementares, das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções. O constituinte é parcimonioso ao dispor sobre o decreto legislativo e a resolução. Seguem ambos, salvo disposição em contrário, a norma geral da aprovação por maioria simples, ficando o seu procedimento a cargo dos regimentos internos do Legislativo. Esses instrumentos são utilizados para regular matérias da competência exclusiva do Congresso

Nacional ou de suas Casas e não se submetem a sanção ou veto do Presidente da República (2015, p. 904).

A principal função de atos normativos primários é a instituição de direitos e a criação de obrigações. Sendo do poder legisferante (câmaras municipais, estaduais e federais, além do senado) a principal função, criar leis.

Segundo Alexandre de Moraes:

Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas. Assim, juridicamente, a Constituição Federal define uma sequência de atos a serem realizados pelos órgãos legislativos, visando à formação das espécies normativas previstas no art. 59: Emendas Constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (2017, p. 476).

Como exemplo aplicativo desta pirâmide pode-se mencionar que é através de decretos legislativos, que o Congresso Nacional (Câmara e Senado) dispõe sobre tratados internacionais, como também a possibilidade de suspender atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar e disciplinar as relações ocorridas durante a vigência de medida provisória não convertida em lei (MENDES e BRANCO, 2015).

Ainda que seja precípua a função do poder legislativo em criar leis, existem casos onde o executivo e o judiciário podem fazê-lo também, conforme ensina Alexandre de Moraes:

A primazia do processo legiferante foi constitucionalmente concedida ao Poder Legislativo, que, porém, não detém o monopólio da função normativa, em virtude da existência de outras fontes normativas primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decretos autônomos), quanto no Judiciário (regimento interno dos Tribunais e poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça) (2017, p. 476).

Em outro exemplo, é através de resolução que o Congresso Nacional dá forma à delegação legislativa ao chefe do poder executivo, o Presidente da República, e o Senado exerce as competências dispostas no artigo 155 da Constituição Federal, pois lhe atribui quando a matéria for impostos estaduais (MENDES; BRANCO, 2015).

Deste modo o processo legislativo poderia ser conceituado como “conjunto de atos que uma proposição normativa deve cumprir para se tornar uma norma de direito” de acordo com Mendes e Branco (2015, p. 904).

Segundo Alexandre de Moraes:

Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo, podendo ser parlamentar ou extraparlamentar e concorrente ou exclusiva. Diz-se iniciativa de lei parlamentar a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei. Diz-se, por outro lado, iniciativa de lei extraparlamentar aquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei). Por sua vez, a iniciativa concorrente é aquela pertencente a vários legitimados de uma só vez (por exemplo: parlamentares e Presidente da República), enquanto iniciativa exclusiva é aquela reservada a determinado cargo ou órgão (por exemplo: CF, art. 61, § 1º). Anote-se que uma das funções primordiais do exercício da iniciativa de lei, através da apresentação do projeto de lei ordinária ao Congresso Nacional, é definir qual das casas legislativas analisará primeiramente o assunto (Deliberação Principal) e qual atuará como revisora (Deliberação Revisional). Assim, a discussão e a votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos cidadãos, terão início na Câmara dos Deputados, conforme preceituam os arts. 61, § 2º, e 64, caput, da Constituição Federal (2017, p. 478).

A iniciativa de criação de Lei pode ser diversa, dita comum, quando apresentada por qualquer membro do Congresso Nacional, também por comissão de qualquer uma das casas (Câmara ou Senado), ou pelo Presidente da República, e, ainda, pelos cidadãos quando por iniciativa popular, segundo preceitua a Constituição Federal no art. 61 §2º. Também existe a iniciativa reservada geralmente ao Presidente da República. Como também iniciativa privativa de órgãos do Judiciário, como exemplo do dado aos tribunais a iniciativa reservada do Supremo Tribunal Federal a lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura conforme preconiza o art. 93 da Constituição Federal (MENDES e BRANCO, 2015).

As normas de iniciativa do Ministério Público, como exemplo, a abordagem do artigo 127, § 2º da Constituição Federal que defere ao Ministério Público a iniciativa para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, e também sua política remuneratória e os planos de carreira (MENDES e BRANCO, 2015).

De Iniciativa privativa da Câmara dos Deputados, do Senado e do Tribunal de Contas da União, como exemplo as leis que fixem a remuneração dos servidores

incluídos em sua organização, conforme preconiza os artigos 51, IV, e 52, XIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

E por fim o presidente da República, que apresenta no artigo 61, § I e II, da Constituição, havendo listagem dos assuntos da iniciativa privativa do Presidente da República (BRASIL, 1988).

Depois de apresentado o projeto, por estas autoridades aqui mencionadas, o mesmo vai para discussão nos plenários das Casas Legislativas. Neste momento pode haver alterações, ou seja, ser formuladas emendas (proposições alternativas) aos projetos. Estas emendas cabem aos parlamentares, e em algumas hipóteses existem restrições.

Passando em seguida por votação, sanção ou veto, e promulgação ou publicação da Lei.

1.3 Os artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal

Os artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal trazem o seguinte teor:

Art. 610. Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de habeas corpus, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento.

Parágrafo único. Anunciado o julgamento pelo presidente, e apregoadas as partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará a exposição do feito e, em seguida, o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo.

Art. 613. As apelações interpostas das sentenças proferidas em processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, deverão ser processadas e julgadas pela forma estabelecida no Art. 610, com as seguintes modificações:

I - exarado o relatório nos autos, passarão estes ao revisor, que terá igual prazo para o exame do processo e pedirá designação de dia para o julgamento;

II - os prazos serão ampliados ao dobro;

III - o tempo para os debates será de um quarto de hora.

O artigo 610 do Código de Processo Penal traz o entendimento que os recursos, no sentido estrito, salvo o habeas corpus, como também nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou crime, onde uma das punições seja a detenção, os autos do processo arremeterão ao crivo do procurador-

geral por cinco dias, e posteriormente irá ao relator pelo mesmo prazo, que designará um dia específico para o julgamento.

Contudo, com base à luz do princípio da dialeticidade descrito no artigo 610 do CPP e seu parágrafo único, Lima ensina que:

De acordo com esse dispositivo, inserido no capítulo que trata do processo e julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações nos Tribunais, uma vez anunciado o julgamento da impugnação, e apregoadas as partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará a exposição do feito e, em seguida, concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando o requerer, por igual prazo. Perceba-se que o art. 610, parágrafo único, do CPP, prevê que o Ministério Público atuante na 2ª instância será sempre ouvido depois da defesa, sem que o dispositivo estabeleça qualquer ressalva quanto ao recurso em julgamento – exclusivo da acusação ou da defesa. Durante anos, esse preceito foi considerado válido, porquanto se partia da premissa de que, na 2ª instância, o Ministério Público atua como fiscal da lei, daí por que deve se pronunciar após a defesa, ainda que se trate de recurso interposto exclusivamente pelo Promotor de Justiça atuante na 1ª instância. Este entendimento, todavia, acabou sendo modificado pelo plenário do Supremo, que passou a entender que, em recurso exclusivo da acusação, o Procurador de Justiça (ou Procurador Regional da República) deve se manifestar antes da sustentação oral da defesa na sessão de julgamento, ainda que invoque a qualidade de custos legis, haja vista que as partes têm direito à observância do procedimento tipificado na lei, como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV) (2017 p. 2215).

Tecendo uma crítica ao artigo 610 Flavio Meirelles Medeiros:

É da redação do caput do artigo 610 do CPP, que, distribuído o processo para a Turma julgadora, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral pelo prazo de cinco dias. Para que? Entende-se, e é a praxe de longa data, que vão com vista para que o Procurador de Justiça (ou Procurador Regional da República, em se tratando da Justiça Federal) lance parecer nos autos. O estranho é que o artigo 610 nada refere quanto a parecer. Diz apenas que vão com vista (2016, p.1).

Ao ver deste estudo o legislador se equivocou ao proceder desta forma, violando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade processual. Sempre quem se manifesta por último é a defesa, e neste caso não. Há uma manifestação por parte da Procuradoria-Geral. Apresentamos a seguir alguns argumentos que demonstram tal desequilíbrio.

Para os defensores do parecer do procurador-geral o entendimento é que em fase de recursos, este age apenas como *custos legis*, ou seja, é um fiscal da lei. Em tese, o parecer emitido pelo Procurador de Justiça (ou na esfera Federal Procurador da República, segundo seja o caso concreto) é considerado como uma manifestação

imparcial, no que diz respeito à correta aplicação da lei. Aqui já encontramos o primeiro problema, visto que nega a defesa, parte mais interessada, o direito de refutar alegações do referido parecer, que na prática, na maioria das vezes são totalmente desfavoráveis a defesa.

O STJ já se posicionou nesse sentido afirmando que:

O parecer do Ministério Público ofertado em segundo grau de jurisdição, na qualidade de custos legis e não de parte (no caso, o previsto no art. 610 do CPP), não enseja contraditório. Portanto, a falta de manifestação da defesa a seu respeito não causa nulidade. Precedentes citados: HC 128.181-SP, DJe 09.08.2010, e HC 127.630-SP, DJe 28.09.2009” (HC 163.972-MG, 6ª. T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 04.11.2010, v. u.).

Essa posição não é a mais equilibrada a nosso ver, pois a figura de *custos legis* se dá quando os que demandam/litigam são partes estranhas aos quadros do Ministério Público, que é considerada uma instituição una e indivisível, que atua em defesa da sociedade. Esta situação de partes estranhas ocorre principalmente em ações penais privadas, onde querelante e querelado estão litigando, com base na legislação penal. Nestes casos o equilíbrio está no acompanhamento e num parecer do Ministério Público, fiscalizando o processo.

Medeiros sobre essa hipótese (*custus legis*) de fiscal da lei refuta:

A tudo isso poderia ser acrescentado o aspecto psíquico. O MP acusa com muita frequência (no seu dia a dia), e para acusar é preciso raciocinar de maneira investigativa (é preciso partir de hipóteses de comportamento criminoso), e, sabe-se, essa forma de pensar acaba condicionando o juízo, o que torna muito difícil ao acusador, mesmo que queira, formar convicções isentas de parcialidade (condicionamento semelhante vale para o defensor). É justamente por essas razões de ordem psíquica que o sistema acusatório demonstrou-se no curso da história muito superior ao sistema inquisitivo para chegar mais próximo da verdade do que o inquisitivo (no inquisitivo, para julgar, antes o inquisidor precisa elaborar hipóteses acusatórias e investigar as respectivas provas). Por todos esses motivos é que não nos convence a ideia de que o MP, mesmo atuando perante o tribunal, figure como custos legis. Essa é uma ficção criada pela doutrina e pela jurisprudência. A prática confirma nosso entendimento, já que a imensa maioria dos pareceres do MP em 2ª instância são no sentido de confirmar e/ou reforçar a tese acusatória apresentada nas razões ou contrarrazões da acusação lançadas em 1ª instância (2017, p. 2).

Todavia quando o processo se dá com o próprio *Parquet* sendo parte, ou seja, como proponente da ação, na primeira instância, podemos já considerá-lo como “parte parcial”, visto que tem plenas condições de se manifestar, e é interessado na condenação, pois esta é sua função, exigir que a lei seja cumprida.

Lembrando que o Ministério Público poderá acatar os apelos da defesa e oferecer a sua manifestação em contrarrazões. Deste modo, já existe a parcela a

que lhe corresponde na correta aplicação da lei, atuando não somente como proponente da demanda penal, mas, concomitantemente, como fiscal da lei.

O que ocorre em via de regra é que o parecer do Ministério Público, nas instâncias superiores, quase sempre acompanham as manifestações do processo de primeiro grau, e em alguns casos ainda fornece novos argumentos para confirmar a manutenção da sentença condenatória (ou uma outra decisão negativa ao réu/a defesa) indo contra os interesses do acusado.

Ainda que se possa até certo ponto ter concordado com a desnecessidade de contraditório acerca da avaliação de fatos, é importantíssimo mencionar que é demasiado necessário o órgão acusatório (Ministério Público) ser duplamente representado (Ministério Público e Procuradoria) frente ao Judiciário e ao processo.

Em realidade o cerne da discussão não está concentrado no contraditório, e sim na desigualdade de partes no processo e, de forma especial, no princípio da ampla defesa. O que ocorre é uma dupla exposição das ideias do Ministério Público (pois aqui tanto o Ministério Público argumenta como a Procuradoria), em especial, quando coincidem os argumentos contra a defesa, o que expõe sem sombra de dúvidas um desequilíbrio processual existente no Processo Penal Brasileiro.

Em realidade era necessário haver a oportunidade da defesa de contra-argumentar, quando lhe fosse conveniente, tanto contra os pontos defendidos pelo Ministério Público, como em uma provável argumentativa que lhe fosse contrária da Procuradoria, no caso do parecer em 2.º grau (ou em instância superior). Se assim fosse entenderíamos que estaria assegurada a ampla defesa e um equilíbrio real entre as partes no processo penal. Ainda que fossem dois entes acusando e somente um se defendendo.

No caso do parecer ser favorável ao réu, a defesa pode abster-se de argumentar, com base no princípio da prevalência do interesse do réu, o que não macularia o processo, contudo na grande maioria das vezes não é o que ocorre. Há de fato na prática real uma dupla manifestação negativa do acusado. Também havendo tal conduta na sustentação oral.

O que a este estudo é contra o equilíbrio processual. É totalmente fora da lógica a manifestação inicial da defesa, e posterior do Procurador de Justiça (ou da República), visto que já houve apelo ou apresentação de contrarrazões do Ministério Público no primeiro grau, seguindo o parecer do Ministério Público no segundo grau.

Após sustentar oralmente a defesa o seu argumento, antes da Procuradoria de Justiça, estar-se-á diante da terceira aparição do Ministério Público, que em suma assume a posição de *custos legis* (fiscal da lei como muitos entendem) e terá oportunidade real e eficiente de expor argumentos contrários aos interesses da defesa.

O processo sempre dá a defesa o direito de fechar o ciclo do raciocínio, percebe-se aqui sem dúvidas grandes vantagens por parte do Ministério Público, trazendo um desequilíbrio ao processo.

Segundo Nucci apud Alberto Zacharias Toron:

(...)parece insofismável que sendo a sustentação oral ato de defesa, ainda que facultativo, a regra do contraditório deve ser observada como em qualquer outro ato. Assim, se o acusado figura como recorrido o representante do órgão recorrente de segunda instância falará em primeiro lugar, ainda que se queira chamá-lo de fiscal da lei. No mais, é imperioso reafirmar que podendo ser a manifestação do fiscal da lei carga contra o apelado, deve ele se manifestar por último. Admitir o contrário não só viola o devido processo legal pela subversão do contraditório, como representa, no plano dos fatos, uma brutal agressão à realidade das coisas (2014, p. 672).

Não que estejamos minimizando o parecer do Procurador-Geral, pelo contrário, existe grande importância, com o caráter *ad argumentandum* (para argumentar), deveria ter também a defesa pelo menos a faculdade de intervir, oferecendo uma contra-argumentação, quando a manifestação lhe for desfavorável.

Como também a mesma deveria ser a última a apresentar oralidade frente a Corte Superior, antes de fato de se proferir o veredicto do colegiado.

1.4 Privilégio do Órgão Acusador: a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador- geral nos tribunais

Conforme foi verificado anteriormente o artigo 610 do Código de Processo Penal estabelece que recebido o recurso pelo Tribunal, os autos irão para vistas ao Procurador-Geral pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento. Este artigo (610 do CPP) não apresenta qualquer menção de que o *Parquet* poderá oferecer um parecer. Levando ao nosso entendimento que é ilegal apresentação de parecer nesta fase processual.

Trata-se de uma ação considerada de praxe (*práxis*), no âmbito do Processo Penal. Todavia não se verifica neste artigo 610 nenhuma menção a lançamento de parecer nos autos por parte do procurador-geral, e sim que haja vistas.

A atuação do Procurador de Justiça não pode ser considerada como *custos legis*, além do mais restringe somente à verificação de eventual incidência de nulidade absoluta processual ou até mesmo a fiscalização de regular cumprimento da lei. Sua atuação vai além, podendo até mesmo afirmar-se que o mesmo produz juízo de valor sobre o mérito da causa, buscando o final que lhe ache mais justo.

Contudo este não é o entendimento dos Ministros Gilmar Mendes e Carmem Lúcia. A Ministra do Supremo ao Julgar o Recurso Extraordinário com Agravo Nº 706.039 de Minas Gerais negou provimento à defesa que alegava inconstitucionalidade do artigo 610 do Código de Processo Penal, alegando quebra do princípio do contraditório e da ampla defesa. A Ministra citada decidiu da seguinte forma:

Em que pesem aos argumentos expostos, sem razão a Defesa. Inicialmente, convém assinalar que tanto o Código de Processo Penal (artigos 610, 613 e 618) quanto o Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça (artigo 405) determinam a oferta de parecer pelo órgão do Ministério Público que atua perante a segunda instância, o qual intervém na condição de custos legis. É cediço que a Procuradoria de Justiça exerce função diferente da que exerce o órgão ministerial no Juízo a quo. Na instância de origem, o Promotor de Justiça exerce a função acusatória. Nesta instância revisora, a Procuradoria de Justiça aprecia o acerto ou o erro da decisão recorrida, pugnando pela sua manutenção ou pela sua reforma. Em outros termos, o Douto Procurador, perante o Tribunal, oficia e diz do direito como opinante. Não é órgão de acusação. Oportuno ressaltar que muito frequentes são os pareceres em favor de acusados e até com sugestão para expedição de habeas corpus de ofício, por razões outras que as alegadas pela defesa. A posição do Ministério Público não está, portanto, dominada pela parcialidade que se lhe pretende atribuir. Mas, ainda que assim não fosse, parece-nos sem procedência a arguição em exame, haja vista não ser correta a afirmação de quebra do contraditório e da ampla defesa. No julgamento dos recursos alcançados pelo preceito em exame têm os advogados/defensores a faculdade de produzir sustentação oral, ocasião em que podem contestar amplamente os termos e os fundamentos do parecer do Ministério público. Daí porque inexistente a inconstitucionalidade. (...) Sendo assim, o fato de os presentes autos terem sido encaminhados à d. Procuradoria-Geral de Justiça, para parecer, não gerou qualquer nulidade, tampouco obriga, nesta instância, sua remessa à parte contrária, para manifestação. Rejeito, pois, a preliminar”

Este posicionamento também é acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, que ainda cita segmento das súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal como se pode ver na decisão do Recurso Extraordinário com agravo 838.009 de Minas Gerais:

Anoto que esta Corte possui entendimento de que a atuação, como custos legis, do Procurador de Justiça, após o oferecimento das contrarrazões ao recurso de apelação pelo Promotor de Justiça, não viola o princípio constitucional da ampla defesa.

Neste mesmo recurso ainda cita alguns julgados, sendo:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. FUNÇÕES ESSENCIAIS E INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTIGOS 127 E 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). NÍTIDA DISTINÇÃO ENTRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DOMINUS LITIS, AO OFERECER CONTRARRAZÕES À APELAÇÃO DA DEFESA E, COMO CUSTOS LEGIS, AO OFERTAR PARECER NOS AUTOS DO RECURSO. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. 1. O Procurador de Justiça, ao ofertar parecer em recurso de apelação no qual o Promotor de Justiça oferecera contrarrazões, não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório. 2. O Ministério Público tem como uma de suas funções essenciais à garantia da ordem jurídica, atuando em prol dela como custos legis (Constituição Federal, art. 127), mercê do exercício de uma das funções institucionais que é a de promover, privativamente, a ação penal pública (Constituição Federal, art. 129, I), situações que não se confundem. 3. Precedentes: HC n. 81.436/MG, Rel. o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, j. em 11/12/2001, e RE n. 99.116-6/MT, Rel. o Ministro Alfredo Buzaid, Primeira Turma, DJ de 16/03/84. 4. Recurso em habeas corpus não provido. (RHC 107.584/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28.9.2011)

Como também o posicionamento do Ministro Cesar Peluso:

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Parecer do Ministério Público como custos legis. Adoção pelo acórdão impugnado, como razão de decidir. Ofensa à ampla defesa e à necessidade de motivação das decisões judiciais. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Não fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, nem da motivação das decisões judiciais, a adoção, como ratio decidendi, da manifestação, a título de custos legis, do Ministério Público. (RE-AgR 360.037/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, DJ 14.9.2007)

Mendes ainda salienta que “não há contraditório a ser assegurado após a manifestação ministerial, pois não houve ato de parte e sim do fiscal da lei.” O argumento dos três Ministros é bastante parecido.

Este entendimento dos Ministros não é acompanhado por este estudo. É importante mencionar que ainda que a lei penal e processual penal tenha sido rigorosamente observada, a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público apresenta no artigo 25, inciso V, que é de responsabilidade do Ministério Público de se manifestar em processos onde sua presença seja obrigatória, em virtude de lei e, ainda, sempre que for considerado cabível a intervenção, com objetivo de assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando em que fase ou grau de jurisdição se encontrem os processos. Apresenta-se *in verbis*:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual;

II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;

III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos; (BRASIL, 1993)

Já mais adiante no artigo 41, inciso III, do mesmo diploma, afirma que é prerrogativa dos membros do Ministério Público apresentar vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras, como também em intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato. Nestes termos apresenta-se *in verbis*,

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

I - receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem;

II - não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;

IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista;

V - gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional;

VI - ingressar e transitar livremente:

a) nas salas de sessões de Tribunais, mesmo além dos limites que separam a parte reservada aos Magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, escritórios da justiça, inclusive dos registros públicos, delegacias de polícia e estabelecimento de internação coletiva;

c) em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio;

VII - examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

VIII - examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

IX - ter acesso ao indiciado preso, a qualquer momento, mesmo quando decretada a sua incomunicabilidade;

X - usar as vestes talares e as insígnias privativas do Ministério Público;

XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma.

Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração. (BRASIL, 1993)

Também a Lei Complementar 75/1993, que trata sobre o Ministério Público da União, no artigo 6º, inciso XV:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XV - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção; (BRASIL, 1993)

Este artigo afirma que compete ao Ministério Público se manifestar em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou também através de sua iniciativa, quando o mesmo entender ser existente o interesse em causa que justifique a intervenção.

Conclui-se previamente, portanto, que o Ministério Público pode intervir, pode se manifestar, e também pedir vistas dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras, e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral. Este não é o ponto de discussão.

Nota-se também que não se observa qualquer texto legal que determine que o Ministério Público apresente parecer ou razões escritas quando o processo se encontra no Tribunal.

Segundo o que preceitua o artigo 41, inciso III, da Lei n. 8.625/93, o Ministério Público tem a prerrogativa de dispor de vista dos autos do processo após a distribuição às Turmas e intervir nas sessões de julgamento para sustentação oral. Tal parecer, a nosso ver, se lançado nos autos, além de não estar previsto em lei, implica em possível inconstitucionalidade frente à violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Caso o recurso seja da defesa, depois das contrarrazões do *Parquet* em 1ª instância, com o parecer, surge novamente o velho problema de uma segunda manifestação do Ministério Público, desequilibrando no entendimento desse estudo a relação (acusação/defesa). Em verdade trata-se de uma quebra da regra da igualdade, nos arremetendo aos tribunais da inquisição.

Caso o recurso seja da acusação, as contrarrazões serão da defesa e após estas, novamente o Ministério Público se manifestará no final com o parecer, o que é ao ver deste estudo uma barbárie processual ainda maior, visto que poderá contraditar argumentos da defesa que ficarão sem réplica ao final. Esta ação incide na possibilidade de nulidade do julgamento na apresentação do parecer do Ministério Público, não havendo nulidade somente se, depois do parecer do Ministério Público, for oportunizado à defesa a manifestação.

Estes procedimentos são sem sombra de dúvidas inconstitucionais, e devem ser evitados, pois após a manifestação da defesa e acusação, deve-se ser observado o princípio da celeridade processual, ninguém mais deve manifestar-se.

Neste momento da discussão surge a seguinte pergunta: por que o artigo 610 determina que o processo passe por vistas do Ministério Público? Que objetivo, que fim teria tal parecer? Será que tal manifestação não prejudicaria a defesa?

As respostas para estas perguntas se dividem basicamente em duas correntes. A primeira e majoritária afirma que não, atuando o Ministério Público como fiscal da Lei. E a segunda, e a que coaduna esta pesquisa acredita que sim. Que há prejuízo, e que há desequilíbrio processual, atentando ainda contra os princípios do contraditório e da ampla defesa.

De qualquer forma o Procurador de Justiça ou Procurador da República é considerado um importante ente processual, no sentido de manifestar-se oralmente na sessão de julgamento.

Contudo, pergunta-se: como fará tal ação? Se ao contrário do que se verifica com a defesa, nunca teve antes qualquer contato com o processo. Com relação a suas particularidades, teses, provas, e outras peculiaridades?

Uma outra informação importante nesse sentido é pretender que o Ministério Público esteja realmente preparado para sustentar qualquer tese em um julgamento sem antes ter um conhecimento prévio, uma análise do caso. Deste modo a intenção legislativa no artigo 610 em comento é que o mesmo tome conhecimento das questões debatidas no processo. Com isso o mesmo pode, caso ache necessário desenvolver uma sustentação oral durante o julgamento.

Como já tratado anteriormente os tribunais superiores e a jurisprudência não têm reconhecido a nulidade da apresentação do parecer pelo Ministério Público em segunda instância.

O argumento dos julgadores que ao ver desta pesquisa não é equilibrado, é que o Procurador ao atuar frente ao tribunal o faz como *custos legis* (fiscal da Lei). Todavia, isto na prática não é verdade. O Procurador querendo ou não é considerado um Membro do Ministério Público, e em casos concretos quase sempre segue o entendimento do órgão acusador de primeiro grau.

Trata-se de *práxis* que infelizmente vem maculando o princípio da ampla defesa e do contraditório, e prejudicando significativamente a defesa, arremetendo a prática contemporânea ao que era executado nos tribunais da idade média.

A teoria de *custos legis* trata-se de uma ficção criada tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Nos casos concretos a grande maioria (podendo até se falar em maioria esmagadora) dos pareceres do Ministério Público em segunda instância estão orientados no sentido de confirmar e/ou em alguns casos reforçar a tese acusatória inicial apresentada nas razões ou contrarrazões da acusação.

Até mesmo porque este estudo respeita a opinião do Ministério Público, sua importância, contudo, não vemos necessidade de interferência do Procurador. Até mesmo porque quando o próprio Ministério Público verifica que não existem elementos suficientes para a condenação geralmente o próprio já se manifesta favorável ao réu.

Sem dúvidas, tanto o Procurador de Justiça ou Procurador Regional da República em tese são profissionais tutelados sob o domínio do Órgão do Ministério Público, sendo considerados como seus membros, e se assim o são como podem ser isentos?

Além do mais a função precípua do Ministério Público além de guardar a lei é da persecução de delitos. Assim sendo os entendimentos dos artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal promovem um conflito de normas entre o que apresenta o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988. Estes prejuízos estão ligados principalmente a exalação do parecer frente as garantias constitucionais e supraleais, além do privilégio do órgão acusador.

Sem dúvidas não há como o Procurador de Justiça ou Procurador Regional da República ser imparcial.

Aqui é importante apresentar um breve comentário sobre o que o artigo 257 apresenta. Segundo Nestor Tavora (2016, p. 1152), “O art. 257, CPP, reza que ao Ministério Público cabe a promoção privativa da ação penal pública e a fiscalização da execução da lei (...).”

Sendo parte o ministério público, e o procurador-geral sendo submetido ao mesmo, entende-se que o mesmo é interessado. E o interesse provoca a parcialidade. E ao Ministério Público incumbe acusar, buscar observar o interesse social da punição dos culpados. Em contrapartida, a defesa está incumbida da proteção do interesse social de absolvição dos inocentes.

Destarte, este estudo não entende que o Ministério Público de segundo grau seja fiscal da lei, visto que tem interesse no deslinde processual, não podendo ser caracterizado como imparcial.

O único, ao nosso ver, imparcial no processo, é o Juiz. O Ministério Público não pode buscar usurpar a função do mesmo. E de certa forma pode-se afirmar que o Ministério Público nem pode buscar ser imparcial, até mesmo porque se assim o fosse, não haveria o contraditório, indispensável ao processo penal.

No entendimento deste estudo este parecer do procurador-geral é algo tão desnecessário quanto inconstitucional. Até mesmo porque em caso de verificação de não haver elementos suficientes para pedir a condenação, o próprio Ministério Público pode agir assim, não havendo necessidade de entrada de um terceiro na relação processual.

Nestes termos Medeiros argumenta:

Excepcionalmente, quando as provas com um bom grau de certeza indicam a inocência do réu, o MP pode pedir a absolvição. Pode até mesmo recorrer em favor do réu pleiteando sua inocência. Mas essas faculdades não constituem fundamentos para considerar o MP como fiscal da lei, já que não são consequência da lei processual, mas sim, derivam do fato de que ninguém pode ser obrigado a fazer algo que viole a sua própria consciência (2017, p.8-9).

Pode-se, portanto, entender que a medida que o Ministério Público é fiscal da lei, quando acusa e deseja punir culpados, a defesa é fiscal da Lei, quando busca absolver os inocentes. Os dois são “xerifes da lei penal”.

Medeiros finaliza:

O MP é fiscal das tipicidades da lei penal e a defesa dos vícios existentes entre as tipicidades e das normas excludentes de tipicidade, de antijuridicidade, de culpabilidade e extintivas de punibilidade. Das tipicidades nasce o direito de punir. Dos vícios situados entre as tipicidades brota o direito de liberdade. A propósito, se for para estabelecer comparações dá para sustentar que a defesa é mais fiscal da lei que o MP. O que é mais grave? O que viola com maior intensidade a ordem jurídica? Um culpado inocentado ou um inocente condenado e cumprindo pena por algo que não fez? Da resposta dá para extrair a conclusão que o bem jurídico fiscalizado pela defesa (a liberdade do inocente) constitui bem maior do que o fiscalizado pela acusação (a punição do culpado). É uma

conclusão que pode provocar estranheza em alguns, o que é explicável tendo em consideração que vive-se em uma cultura repressiva e punitiva, o que, de certa forma, produz consequências na dogmática penal (2017, p. 9).

Pode-se concluir que da mesma forma que o Ministério Público busca proteger a sociedade, e agir em defesa dos “vácuos legais existentes”, a defesa age no mesmo sentido, em buscar proteger o direito daquele que muitas vezes pode ser injustiçado e condenado injustamente (MEDEIROS, 2017).

Esta *práxis* processual da necessidade do Ministério Público em oferecer parecer quando lhe é dada vista dos autos pelo relator é tanto inconstitucional, como ofensiva a defesa, ao equilíbrio processual, aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Acredita-se que este costume se deu em virtude de no passado o Procurador de Justiça tenha acreditado ser útil ou ter imaginado se tratar de uma obrigação processual, “atravessado intempestivamente uma petição” dando ao mesmo a designação de emissão de parecer, iniciando uma ilegalidade tremenda, não percebida pelo Tribunal e sendo ratificada na Legislação com o tempo, virando costume e, pela força do costume transformando-se em Lei (MEDEIROS, 2017).

Resta agora, necessário a ação do Legislador, curar essa ferida, e modificar os artigos em comento, para buscar reestabelecer o equilíbrio processual e as observações aos princípios do contraditório e da ampla defesa que ao ver deste estudo nesses casos são jogados por terra.

2 CONCLUSÃO

Depois de apresentar muitíssimos argumentos favoráveis a possível inconstitucionalidade do parecer do procurador-geral nos tribunais, resta salientar que o legislador equivocou-se ao afirmar que o procurador-geral irá ter vistas no processo, além de emitir parecer.

O fato é que quando o procurador-geral emite um parecer, a nosso ver, cria-se um desequilíbrio processual. Além disso, o artigo 610 quando permite que haja posicionamento através de parecer da Procuradoria Geral de Justiça num momento imediatamente anterior ao relatório e ao julgamento do feito, vai de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, maculando-os.

O argumento dos contrários a inconstitucionalidade paira na idéia de que o procurador-geral juntamente com o Ministério Público atuam em formato de *custus*

legis, ou fiscal da lei. Tese totalmente refutada por esta pesquisa, primeiramente pelo fato do procurador-geral ser uma autoridade tutelada pelo próprio Ministério Público. Além do mais, entende-se que quando se é parte no processo, postula-se a favor do interesse, a defesa na absolvição e a promotoria (Ministério Público) na condenação.

Acredita-se que tal comportamento da necessidade de parecer do procurador-geral tenha sido um equívoco, que em função do costume tornou-se lei. Em algum momento do desenvolvimento da práxis jurídica o Procurador de Justiça tenha acreditado ser útil no processo, ou até mesmo tenha imaginado se tratar de uma obrigação processual, “atravessado intempestivamente uma petição” sendo necessária ao mesmo a designação de emissão de parecer, iniciando aí uma afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, desequilibrando o processo, enfim uma ilegalidade flagrante. Tal ilegalidade não foi percebida pelo Tribunal e através do tempo foi ratificada pela Legislação com o tempo (o costume transformando-se em Lei).

Alguns até postulam que o procurador nas esferas superiores não executa as mesmas funções do Ministério Público de primeiro grau, trabalhando processualmente como opinante. Contudo, na realidade não é assim. Nos casos concretos quase sempre o Ministério Público se manifesta pedindo a manutenção da condenação, e quando verifica não haver elementos suficientes, o próprio postula pela absolvição e arquivamento do caso, não havendo assim necessidade de exalação de parecer do procurador-geral.

É uma afronta contra o equilíbrio processual os artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal, havendo necessidade o quanto antes de correção, de modo que existem casos onde a influência do último elemento a se pronunciar pode influenciar nas decisões das cortes, levando um possível inocente a ser declarado culpado. É preciso modificar a lei. Estas são as ilações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **LEI COMPLEMENTAR Nº 75, DE 20 DE MAIO DE 1993.** Brasília: Senado Federal, 1993.

_____. **LEI Nº 8.625, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1993.** Brasília: Senado Federal, 1993.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA.** 1969. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>> Acesso em: 25 mar. 2019.

LESCANO, Mariana Doernt. **A DELAÇÃO PREMIADA E SUA (IN) VALIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.** Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/mariana_lescano.pdf> Acesso em: 25 mar. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **No processo penal, Ministério Público não é fiscal, é acusador.** 2017. Disponível em:< No processo penal, Ministério Público não é fiscal, é acusador>Acesso em 12 de Maio de 2019.

_____, Flávio Meirelles. **Inconstitucionalidade e ilegalidade apresentação de parecer pelo MP nos recursos de apelação e em sentido estrito.** 2016. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/51936/inconstitucionalidade-e-ilegalidade-apresentacao-de-parecer-pelo-mp-nos-recursos-de-apelacao-e-em-sentido-estrito>> Acesso em 12 de Maio de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** 11. Ed. Salvador: Juspodium, 2016.