

# TEMAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

VISTOS POR SERRANO NEVES



GOIÂNIA, SETEMBRO DE 2010



**COLEÇÃO TÊMIS DESVENDADA**

# **TEMAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Serrano Neves**  
**Procurador de Justiça Criminal**

**REVISÃO 0.1 em 28/08/2010**  
**EDITORA LIBER LIBER**

**<http://www.serrano.neves.nom.br>**  
**[serrano@serrano.neves.nom.br](mailto:serrano@serrano.neves.nom.br)**  
**[pmsneves@gmail.com](mailto:pmsneves@gmail.com)**



## **SUGESTÕES PARA LEITURA E IMPRESSÃO**

**Formato A5 paisagem para leitura no vídeo, gerado com BrOffice.Writer 3.2 e convertido para PDF com BrOffice.Writer 3.2**

**A largura original do formato A5 corresponde a 794x559 pixels, ou seja, é menor que a menor resolução de vídeo que é de 800x600 pixels.**

**Melhor leitura com o ADOBE READER, mas foi testado também no FOXIT READER.**

**O formato permite impressão de duas páginas por folha A4 (testado em EPSON Stylus C110 Series)**

**A impressão pode ser ajustada para somente Preto & Branco ou somente Tinta Preta (testado em EPSON Stylus C110 Series).**

**Ajuste o leitor de PDF para melhor visualização na tela e acesso ao índice.**

**Agradecemos reportagem de problemas com formato ou impressão para [pmsneves@gmail.com](mailto:pmsneves@gmail.com)**

# Sumário

1 DAS CONTRARRAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO APELADO.....	7
1.1 DA LIGAÇÃO COM AS PROVAS DOS AUTOS.....	8
1.2 DA DECISÃO DO STF.....	9
1.3 EXISTÊNCIA DE DEVERES LEGAIS.....	10
1.4 CONCLUSÃO.....	12
1.5 FINAL.....	14
2 DEVIDO PROCESSO LEGAL - EXCESSO DE ACUSAÇÃO – PROPOSTA DE MINIMIZAÇÃO DO IMPACTO NA DEFESA.....	16
2.1 INTRODUÇÃO.....	16
2.2 DO OFICIAMENTO NOS AUTOS.....	20
2.3 DO OFICIAMENTO NA SESSÃO.....	22
2.4 DAS VANTAGENS DA PROPOSTA.....	23
2.5 DESVANTAGENS DA PROPOSTA.....	24
3 DENÚNCIA E PRONÚNCIA NATUREZA DO DISCURSO JURÍDICO.....	25
3.1 1. DOS ELEMENTOS DO DISCURSO.....	25
3.1.1 1.1 DENÚNCIA.....	25
3.2 1.2 PRONÚNCIA.....	27
3.2.1 1.2.1 ... se convencido da materialidade do fato... ..	27
3.3 3. A VERDADE PROCESSUAL.....	31
4 GARANTIAS PARA O CONTRADITÓRIO EFETIVO, REAL E INDISPOSITIVO.....	34
4.1 DO OFÍCIO OU EMISSÃO DE PARECER.....	34
4.2 DOS MARCOS INSTITUCIONAIS.....	37
4.2.1 UNIDADE E INDIVISIBILIDADE.....	37
4.2.2 DO PROMOTOR NATURAL.....	39
4.2.3 DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.....	40
4.3 DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE.....	42
4.4 DA ESPECIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PROCURADOR.....	43
4.5 DA PROIBIÇÃO DA ACUSAÇÃO TARDIA OU SOBRE-ACUSAÇÃO.....	46

4.6 CONCLUSÃO.....	48
4.7 PROBLEMA:.....	51
4.8 OBJETIVOS:.....	53
4.9 DO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ACUSATÓRIA.....	54
4.10 DO CONTRADITÓRIO PREVISTO NO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS.....	56
4.10.1 MEMORIAIS.....	57
4.10.2 SUSTENTAÇÃO ORAL.....	57
4.10.3 DA PREOCUPAÇÃO COM O CONTRADITÓRIO FACULTATIVO.....	58
4.11 DO PARECER DO PROCURADOR.....	60
4.12 DOS PONTOS CONTROVERSOS.....	64
4.12.1 ACUSAÇÃO.....	64
4.12.2 DEFESA.....	65
4.13 PROPOSTA DO GABINETE.....	68
4.13.1 DO PROCEDIMENTO GERAL ESCRITO E ORAL.....	68
4.14 DO FORMATAÇÃO DO PARECER ESCRITO.....	69
4.15 ANEXO.....	70
5 CRÉDITOS.....	73

# 1 DAS CONTRARRAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO APELADO

Com a Constituição de 88 a apelação criminal ganhou a regência:

1. a do devido processo legal nas suas formas procedimental e substancial;
2. a do princípio da menor gravosidade comandado pelo regime democrático;
3. a do Ministério Público como garante de 1 e 2
4. a do magistrado como efetivador de 1 e 2
5. a do cidadão processado como beneficiário de 1 e 2 independente de provocação, por força de 3 e 4.

Um procedimento em julgamento pela Comissão de Assuntos Institucionais e Defesa de Prerrogativas Institucionais questiona a validade da instrução do CAOCRIM que dispensa o órgão de primeira instância de contraarrazoar o recurso da defesa, diante de o STF ter reconhecido que promotores e procuradores não se distinguem quanto à atuação.

A conclusão do Relator está lastreada em três pontos:

1. o promotor está diretamente ligado às provas colhidas na fase processual.
2. a decisão do STF é isolada e não pode ser considerada como jurisprudência;
3. existem deveres legais a serem cumpridos pelo promotor.

## 1.1 DA LIGAÇÃO COM AS PROVAS DOS AUTOS

A apontada ligação com as provas colhidas tem como limite invencível as provas constantes dos autos. Já é histórico a advertência latina "Quod non est in actus non est in mundo" (o que não está nos atos não está no mundo).

O escopo da limitação da matéria de conhecimento é o de proteger a parte processada da extensão da prova produzida para o campo da "ligação" com a produção dela, como nos casos em que as dificuldades para obtenção da prova - nem sempre dificuldades declaradas nos autos com sua correspondente comprovação - em que passaria a imperar o "critério da autoridade", qual seja, se o promotor disser que a prova foi difícil de produzir, presumindo algum concerto a favor da não produção, tal aspecto pode ser levado em consideração por causa, exclusivamente, da sua autoridade no processo.

Destarte, um procedimento bem conduzido (item 1) contempla nos autos toda a matéria, de tal sorte que qualquer magistrado ou qualquer membro do MP encontra nos autos o necessário e o suficiente para examinar e emitir juízo, ressalvada a tendência doutrinária ou interpretativa pessoal (faculdade de formação de vontade)

É assim que um procurador ou um desembargador, independentemente de experiência criminal anterior, pode conhecer do conteúdo e emitir juízo sem estar ligado ao procedimento intra ou extra autos que gerou a sentença recorrível.

O princípio do juiz e do promotor natural não pode ser levado às consequências últimas de exigir "antecedentes" probatórios do órgão acusador.

## 1.2 DA DECISÃO DO STF

Não discordo de que seguir uma jurisprudência isolada seja temerário, mas não vejo temeridade em analisar em que princípios se fundamenta.

Seja visto, em primeiro lugar, que um promotor pode, por simples ato administrativo, exercer as atribuições de procurador, sem perder seu cargo e sem ocupar o cargo do outro, e isto nada mais é do que equivalência na eficácia das manifestações, qual seja, de modo simples a cabeça do promotor funciona bem como cabeça de procurador independente da investidura no cargo, e o vice-versa é mais do que óbvio em razão da progressão na carreira.

Diante da previsão de equivalência na eficácia os cargos de promotor e de procurador constituem especialização, ou acesso legal, às respectivas instâncias, e para os mesmos misteres: defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo as atribuições por instância (legitimidade ad causam e ad processum) uma simples divisão coerente de trabalho que evita conflitos de autonomia funcional.

Ressabido que o procurador tem autonomia funcional para contrariar o promotor da instância singular, é de ser tomado que pode contrariar por tudo, sendo que a contrariedade no mérito nada tem a ver com custos legis no sentido de fiscal da lei, mas com custos jus.

Destarte, mantida a divisão de instâncias, existem casos - e não são poucos - nos quais o trabalho do procurador consiste em várias laudas de reforço às contrarrazões (ou razões) do promotor resultando para a defesa de um condenado o peso de três manifestações, a sentença, as contrarrazões do promotor e o parecer "adesivo" do procurador, e isto representa, com certeza, um desequilíbrio que caracteriza a



gravosidade excessiva que o regime democrático repudia.

Assim, conquanto a decisão do STF possa não ter a clareza necessária não falhou em que, fundada em princípios do regime democrático, tais princípios pudessem ser vistos e reconhecidos pelos olhos de quem tem a missão constitucional da defesa deles.

### **1.3 EXISTÊNCIA DE DEVERES LEGAIS**

A exigência de indicação dos fundamentos jurídicos dos pronunciamentos processuais por certo não se expressa em fórmulas clássicas de declaração da obviedade, tal como "pela presente denúncia" (não podia ser outra) ou "o promotor em exercício nesse juízo vem, na forma da lei, oferecer denúncia" (promotor sem exercício ou sem atribuição específica no juízo não "vem", o com exercício e atribuição está na forma da lei, e a denúncia é a própria peça que escreveu).

Também não se expressaria em lançar cota nos autos dizendo que para tal foi "autorizado pelo despacho que lhe concedeu vistas" vez que pode falar nos autos, a qualquer tempo, por petição, sem vistas comandadas ou legais. Nem, arrematando, dizer que está oferecendo alegações finais no procedimento ordinário por força do art. 500 do CPP.

O dever legal não alcança os preciosismos em relação ao já declarado na lei, sobrando, então, que por fundamentos jurídicos deva ser entendido apenas aqueles que sustentem matéria de fundo, como por exemplo a especificação do tipo (princípio da reserva legal) ou a sustentação da culpabilidade (razão legal para imposição de pena) e outros de igual porte.

Quanto aos relatórios, apenas um é eficaz: o feito quando das alegações finais,

visto que ainda não existe nenhum relatório do processado. Entre as alegações finais e as contrarrazões de recurso da defesa não são correntes eventos extraordinários que necessitem amplos relatos, e o complemento pode ser um simples "o procedimento, a partir das alegações finais da acusação foi o devido, não apresentando ocorrências que mereçam relato". Existindo, devem ser tratadas em contrarrazões, sede em que podem ser conhecidas se não puderem ser vencidas na instância original. O demais será em relação à sentença - que sempre contém relatório (conquanto não veja óbice a que o magistrado, diante de um bom relatório da acusação nas alegações finais, o adote e copie para o corpo da decisão, tornando-o de acesso mais direto).

Quanto ao procurador, relatar o quê ? pergunto, se o promotor relatou, o juiz relatou (ou adotou) e a defesa também relata para assentar seus interesses ?

É presunção firmada que nenhum magistrado, promotor ou procurador, forma opinião sem ter lido os autos ou sem ter confiado (no sentido estrito de ter confiança) tal a um assessor (ou assistente) qualificado capaz de apresentar relatório consistente e indicações de mérito para orientar a manifestação.

O que vale é a confiança na atuação e não a declaração sobre ela.

O tempo do faz tudo ou do confere tudo já passou, e o risco de erro deve ser tratado como ocorrência estatística na sistemática das manifestações, caso em que a vigilância pessoal se torna desnecessária diante da qualificação dos assessores e assistentes e de um treinamento para controle de qualidade.

O dever legal não pode ser traduzido em gravosidades sem utilidade outra senão o próprio cumprimento do dever, onerando os atores e partes processuais e em nada contribuindo para a qualidade substancial da prestação jurisdicional.

## 1.4 CONCLUSÃO

Qualquer norma fora do corpo da Constituição, mesmo sendo Lei Complementar, pode ter a incidência afastada se contrariar os princípios contidos na Carta.

Num momento de abertura para debate sobre a atuação penal, deve ser dada prioridade à desoneração processual e procedimental, sem ferimento de garantias, trazendo para o centro das discussões o fato de que, no processo penal, tudo que represente menor gravosidade deve ser garantido e efetivado ao réu independentemente de a defesa ter arguido.

A questão é de fundo constitucional, de regime democrático, e não apenas de atribuições legais.

Na prática pode ser observado:

1. É da rotina procedimental a referência a folhas onde pode ser encontrado o documento ou a referência seguida de transcrição de destaque de texto, e isto é feito para economia de recursos (energia).
2. A elaboração de relatório por sobre relatório regular já feito representa uso excessivo de recursos (energia), sendo econômico referir o relatório adotado e complementar.
3. A referência a folhas onde pode se encontrado o documento ancora os fundamentos jurídicos adotados e torna desnecessária a repetição.

A manifestação do promotor, quando da não elaboração das contrarrazões, não pode ser uma simples remessa ao órgão segundo, pois o promotor deve deixar claro que cumpriu o seu dever quando intimado para contra arrazoar e que a remessa tem fundamento, pois o controle de qualidade da função essencial à prestação jurisdicional é

sua atribuição natural.

Na prática o promotor deve declarar que examinou os autos e que o recurso é próprio e tempestivo, não é ocorrente causa de extinção da punibilidade nem nulidade, e que nada tem a acrescentar em relação às suas alegações finais, e então remeter a manifestação final para o procurador.

Não pode, porém, o promotor deixar de se manifestar nos casos em que a defesa arguir matéria que confronte sua posição de defensor da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127,CF), ou outra matéria da qual seja garante, visto que pode configurar desvio de atuação e conseqüente responsabilização por não enfrentar corrigir a situação na sede recursal.

**ASSIM, TENDO COMO VÁLIDA A ESCUSA FUNDAMENTADA COMO SUGERIDO, TEMOS QUE SOMENTE DEVEM SER REMETIDOS À CORREGEDORIA OS CASOS EM QUE, TENDO SUA ATUAÇÃO DE DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA E DO REGIME DEMOCRÁTICO ATACADA DIRETA OU INDIRETAMENTE NÃO TENHA CONTRARRAZOADO PARA CORRIGIR A SITUAÇÃO NA SEDE RECURSAL.**

A aprovação da proposta do CAOCRIM em nada interfere na atuação do procurador que examina de capa a capa e assim emite seu parecer. No entanto, se observada uma atuação ministerial sistêmica a economia de energias será sensível, com eliminação das repetições sobre repetições do que dos autos já consta com suficiência embasadora da atuação em primeiro grau e sentença, ou seja, se já existem relatórios e fundamentos jurídicos bastantes o exame e a concordância em nada os diminuem e novos relatórios ou fundamentos jurídicos em nada os aumentam.

A era digital veio para ocupar todos os espaços do pensamento humano, operando com lógicas seguras capazes de transformar o subjetivo em objetivo, ou na linguagem própria, o analógico em digital por meio de algoritmos que nada mais são do que regras de pensamento.

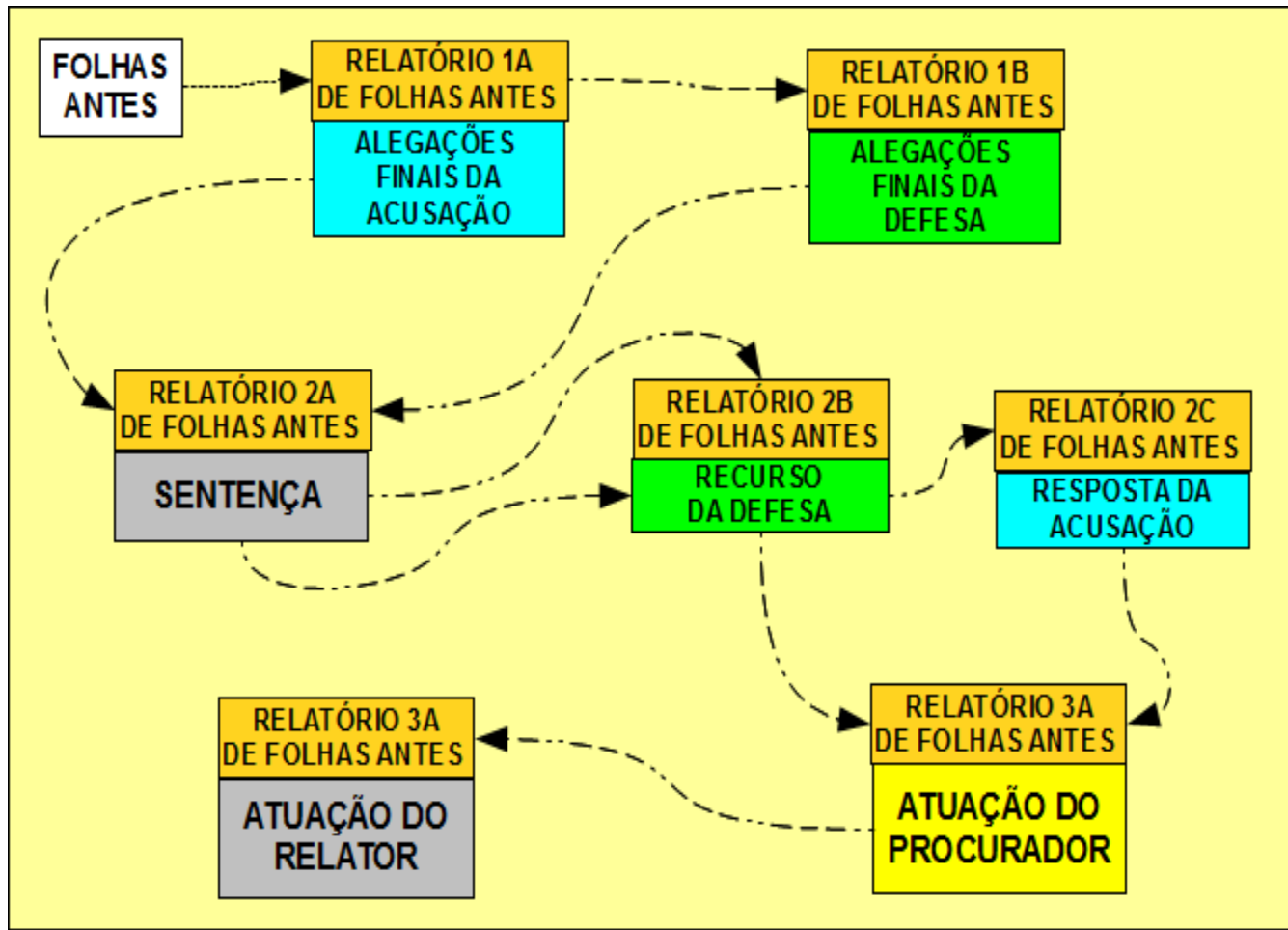
A consistência lógica do discurso deve poder submeter-se à elevação ao nível de meta-linguagem a partir dos elementos declarados que por sua harmonia, clareza, objetividade e concisão permitam uma operação fácil e segura.

A juscibernética (texto ao final), sabemos, subtrai ao intérprete a oportunidade de descrever, em capitis diminutio, um rato como sendo um morcego portador de necessidades especiais por não ter asas, qual seja, é limitante do “poder” de interpretar e eliminante do “critério da autoridade. Isto é preocupante, como anota Omar Motteiro em alerta aos poderosos: O único prazer que se tira do poder é o abuso que dele se pode fazer, pois o resto é cumprimento do dever.

## **1.5 FINAL**

Não se sugere a automação do direito, mas aponta-se para a necessidade de minimizar, ou no mínimo sistematizar, as diferenças pessoais de interpretação, acabando com a possibilidade de dois membros da mesma instituição apresentarem posições conflitantes, o que contribuirá fortemente para criar confiança e oferecer segurança.

**[FIGURA ADIANTE]**



## **2 DEVIDO PROCESSO LEGAL - EXCESSO DE ACUSAÇÃO – PROPOSTA DE MINIMIZAÇÃO DO IMPACTO NA DEFESA.**

### **2.1 INTRODUÇÃO**

A Constituição de 1988 outorgou ao Ministério Público mandato para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

Antes, como fiscal da lei cumpria ao parquet dar-lhe fiel aplicação enquanto vigente ou tentar afastá-la com medida de inconstitucionalidade.

A Carta de 88 erigiu o primado da ordem jurídica e do regime democrático, dando-lhe defensor e, de tal sorte, a lei a ser aplicada deve ser pertinente à ordem jurídica, qual seja, a lei, enquanto elemento instrumental deve representar o caráter da ordem jurídica e ser aplicada com a menor gravosidade possível, conforme comanda o regime democrático.

A instrumentalidade da lei processual não pode, portanto, afastar-se da efetivação formal e substancial das garantias constitucionais, em destaque, aqui, o contraditório que, de forma simples, consiste em as partes (acusação e defesa) se manifestarem de maneira essencialmente implicada: sempre que uma parte se manifestar a outra deve ser chamada a fazê-lo, e isto cria momentos de contraditório efetivo, uns previstos na lei e outros aparecendo incidentalmente no curso da ação penal.

Como paradigma em exame o rito ordinário, tabelado adiante nos momentos previstos na legislação, limitado o estudo ao julgamento pelo Tribunal de Justiça.

	MINISTÉRIO PÚBLICO	DEFESA
1º	Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. <u>(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).</u>	Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
2º	Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. <u>(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).</u>	Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. <u>(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).</u>
3º	Art. 600. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias.	Art. 600. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de três dias.
4º	<b>REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> Art. 368. Registrado e atuado o feito e, na hipótese do artigo anterior, apresentadas as razões das partes, ou esgotado o respectivo prazo, abrir-se-á vista à Procuradoria-Geral da	



**Justiça, que terá dez dias para opinar, quando se tratar de sentença proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão; e cinco dias, nos outros casos.**

**Art. 158.**

**§ 3º À mesa, o Procurador-Geral da Justiça ou o Procurador da Justiça designado terá lugar à direita do Presidente, não podendo, na mesma sessão, tomar assento mais de um. O secretário do Tribunal ficará à esquerda.**

**LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
ESTADUAL**

**Art. 56**

**I - comparecer às sessões de Câmaras Isoladas, Reunidas, Grupo de Câmaras e do Conselho da Magistratura;**

**II - officiar e emitir parecer escrito e fundamentado nos processos cíveis, criminais e administrativos, inclusive por delegação;**  
**III - participar das sessões dos Tribunais, no julgamento dos processos em que oficiou, tomando ciência, pessoalmente e mediante vista dos autos respectivos, das decisões proferidas;**

**REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA**

**Art. 187. Anunciado o feito a ser julgado e apregoadas as partes, se necessário, o presidente dará a palavra ao relator, que procederá à leitura do relatório, se houver, ou fará a exposição sucinta da matéria, sem manifestar o seu voto.**

**§ 1º Nos casos em que for permitida a sustentação oral, concluído o relatório ou a**

**exposição, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, pelo prazo improrrogável de quinze minutos.**

**§ 2º O requerimento visando a sustentação oral, com preferência de pauta para a sessão imediata, somente será admitido se apresentado antes do julgamento do respectivo processo**

**§ 3º O Ministério Público terá prazo igual ao das partes, salvo disposição legal em contrário.**

Na primeira instância tudo parece se resolver a contento diante das partes presentes a todos os atos, mas na segunda instância basta estar presente numa sessão de julgamento de câmara para ver que o recurso devidamente arrazoado e contra-arrazoado pelas partes ali aportou com o acréscimo do parecer do Procurador de Justiça também presente (ou outro) na sessão. Raramente o Advogado de defesa é visto na plateia e em poucos casos produz sustentação oral.

O constrangimento para o defendente começa com a presença do Procurador na mesma mesa e ao lado do presidente da Câmara, sem uma definição clara da sua posição: está presente como parte ou como mandatário constitucional (garante do devido processo legal)?

O constrangimento se consolida quando o voto segue a manifestação de cúpula contra o defendente e se agiganta quando, ausente a defesa, o procurador se manifesta oralmente como parte acusatória, configurando o acréscimo de mais duas manifestações acusatórias sem a correspondente oportunidade para a defesa.

É nítido que os autos, quando vão para a manifestação ministerial de cúpula, estão, do pronto de vista procedimental e processual, completos, como regra, isto é, o trânsito em julgado da decisão poderia ocorrer sem ferimento ao devido processo legal. A completude se caracteriza por conterem os autos a manifestação final das partes.

O devido processo legal constitucional é apresentado como um cenário de defesa, o que é demonstrado pela topologia dos comandos, de tal sorte que a acusação resta confinada ao exercício que não afete as garantias da defesa, sendo possível afirmar que, enquanto a defesa é ampla a acusação é estrita, e tal tende a promover o equilíbrio de forças entre o cidadão-defendente e o Estado-acusador.

## **2.2 DO OFICIAMENTO NOS AUTOS**

O procurador oficiante dispõe de três alternativas: o devido processo legal imparcial, o mérito da manifestação da acusação e o mérito da manifestação da defesa.

A) Ao officiar pelo devido processo legal o procurador estaria no exercício do mandato constitucional de defensor da ordem jurídica e do regime democrático, ou garante do devido processo legal, custos iuris, e como tal, ainda que as consequências de sua manifestação ocorram a favor de uma das partes, a ela não foi dirigida como fundamento de opinião.

B) Fora da posição de custos iuris o oficiamento do procurador a favor da defesa, quanto ao mérito da causa, não afronta a face parte de sua natureza dual (parte e custos iuris), antes, consagra sua função de garante da ampla defesa, no caso, defesa que não alcançou a eficácia substancial exigida.

C) Como parte, o oficiamento do procurador a favor da acusação exige,

diferentemente dos dois primeiros, que a defesa se manifeste pois, por presunção, traz argumentos novos ou novo discurso persuasivo que aumentam a força acusatória. Anotado que o oficiamento simplesmente concordante configura inutilidade da manifestação de cúpula, esvaziamento da função.

Os casos A e B causam a impressão da desnecessidade de manifestação sequente da defesa, mas não é assim tão claro, visto que a parte acusadora não pode presumir satisfação da defesa, nem por obviedade, devendo, por obediência a não causar gravosidade excessiva, ser então regra geral o estabelecimento do contraditório na fase recursal, independente de sustentação oral.

Numa época de simplificação não ousaria sugerir nenhuma complicação, principalmente a que comprometesse o julgamento num prazo razoável.

O processo eletrônico favoreceria a solução, mas enquanto não vem, a solução pode ser encontrada na publicidade, implementável, em Goiás, através do Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público, com a publicação da íntegra dos pareceres, operação de fácil operacionalidade pela Superintendência Judiciária.

O gabinete da 23ª Procuradoria de Justiça já faz tal publicidade pelo <http://gab23.blogspot.com> garantindo à defesa conhecimento do teor do oficiamento antes mesmo da remessa ao Tribunal, qual seja, com prazo hábil para a defesa exercer a opção sobre a sustentação oral contraditória.

Seguindo o raciocínio da publicidade o procurador faria constar do oficiamento a produção de sustentação oral na sessão e o requerimento de intimação da defesa para contradizer.

Com ampla divulgação da solução garantidora junto à OAB-GO o MPMGO estaria

dando mais um passo - como outros que tem dado - na direção da consolidação da função institucional, sem necessidade de alteração legislativa, mas à espera de que venha.

A proposta é incompleta, mas avança na direção das garantias e da independência funcional; não confronta a LOPM; não afeta os "costumes" de oficiamento dos procuradores; nem ataca o Regimento Interno do TJGO.

### **2.3 DO OFICIAMENTO NA SESSÃO**

De plano devo manifestar meu repúdio à prerrogativa legal de "assento à direita" na mesma mesa da presidência de sessão (ou ato) por considerá-la incompatível com a independência funcional, e por causar confusão entre função essencial e função aliada. Esforçar-se por ter assento próprio nos Tribunais, preferencialmente no mesmo piso e condições com a defesa deve ser meta institucional destinada a comprovar ostensivamente a independência funcional.

O assento próprio, desvinculado, permitiria ao parquet o exercício pleno de sua função bifronte de parte e "custos iuris".

Entendo a função de custos iuris como o exercício do mandato constitucional da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, que é absolutamente imparcial, servindo a todos, o que justifica a presença do parquet nas sessões de julgamento como garante da efetivação do devido processo legal, e esta deveria ser sua principal e única função, não lhe sendo atribuído falar pela acusação, como regra.

A posição do procurador no mesmo piso e condições da defesa, na oportunidade de manifestação a favor da acusação seria num cenário no qual a presença do defensor

poderia ser aferida visualmente e, notada a ausência, estar patente o excesso de acusação por ausência do contraditório.

Considerando que no oficiamento escrito ocorreu a notificação pelo inteiro teor e pela sustentação oral (optativa) e o requerimento de intimação da defesa, o evento previsível é o TJGO não intimar para o contraditório na sessão de julgamento, caso em que, falando como parte pela acusação, o procurador deverá arguir a nulidade por ausência do contraditório.

O procurador com assento na câmara terá a função principal de custos iuris, pronunciando-se, na oportunidade, pelo devido processo legal ou em favor da defesa, mas requerendo o adiamento e intimação do Advogado caso vá pronunciar em favor da acusação.

## **2.4 DAS VANTAGENS DA PROPOSTA**

1. simplificação do oficiamento do procurador, o qual, satisfeito com o oficiamento da acusação ou da defesa, anota ter revisto e nada ter a acrescentar, e isto deve alcançar uma parte significativa dos recursos nos quais o procurador pede o provimento.
2. mais tempo disponível para estudos e análise dos casos complexos;
3. possibilidade de criação do cargo de procurador junto à câmara, vitalício ou com mandato longo que permita dedicar-se à especialização;
4. produção de uma ociosidade operacional capaz de absorver por algum tempo a demanda crescente sem necessidade de criação de mais cargos;
5. desnecessidade de escala de comparecimento ao tribunal;

6. oportunidade para a sustentação oral.

## **2.5 DESVANTAGENS DA PROPOSTA**

1. descaracterização da "isonomia" por semelhança de atuação com a magistratura;
2. diminuição da aparência do "poder acusatório";
3. resistência dos que ainda não abandonaram a posição de fiscal da lei.

### 3 DENÚNCIA E PRONÚNCIA NATUREZA DO DISCURSO JURÍDICO

#### 3.1 DOS ELEMENTOS DO DISCURSO

##### 3.1.1 DENÚNCIA

*Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

*Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

*III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

*1.1.1 ... exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*

A reforma dada pela Lei nº 11.719, de 2008 no Art. 397, I, traz indicação de que a denúncia contém um fato narrado.

A expressão "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" por indicar um complexo formado pela caracterização de pessoas, lugares, tempos etc, próprios da DESCRIÇÃO, argumentos que são próprios da ARGUMENTAÇÃO, e requerimentos de procedimento que são próprios da INJUNÇÃO, mostra que o termo "exposição" foi empregado no sentido vago de discurso, não se referindo ao estilo de



composição, visto que a EXPOSIÇÃO (critério objetivo do expositor) é constituída por explicações, avaliações, conceitos, reflexões, análises e ideias pertinentes à fase do contraditório e dos discursos de convencimento.

A denúncia está subsumida aos critérios da legalidade e da certeza objetiva (dados da lei e dos autos) não comportando opinião no sentido lógico-formal (afirmação feita com o receio de estar errado), pois a denúncia deve ser uma proposição provável (o promotor provará que o fato é crime e o acusado o autor), e é isto que firma ser o "fato narrado" um discurso especial denominado NARRAÇÃO no qual os fatos e os acontecimentos são contados, simplesmente contados, incabível, portanto, qualquer critério subjetivo representado por expressões adjetivas ou adverbiais não contidas na lei ou nos fatos.

A rejeição da denúncia pela verificação de que o fato narrado EVIDENTEMENTE não constitui crime é a aplicação do critério lógico-formal da EVIDÊNCIA, ou seja, a conclusão absolutória independerá de demonstração (uma bola é uma bola) conquanto a decisão deva ser fundamentada (uma bola é semelhante ao sólido denominado esfera que é o lugar geométrico dos pontos equidistantes de um ponto denominado centro).

Desta sorte, o fato narrado deve ser uma parte delimitada no discurso de exposição do fato criminoso tomado como um evento material para cuja ocorrência concorrem circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena, qual seja, o fato narrado é um FATO PENAL (tipo + qualificadoras + causas de aumento de pena) que resulta em um FATO TÍPICO IMPUTADO.

A importância de tal definição é revelada no momento em que o juiz pronunciante, como será visto adiante, se faz obediente em limitar-se à indicação da

materialidade.

## 3.2 PRONÚNCIA

*Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*

*§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)*

### 3.2.1 Se convencido da materialidade do fato...

A pronúncia é um ato limitante da denúncia (da rejeição à procedência) e se dá limitada à indicação da materialidade do fato que, como definida, é o FATO PENAL.

É certo que o FATO PENAL (fato narrado) contém elementos indiciários que devem ser obedientes à forma lógica do art. 239 do Código de Processo Penal (Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.), impondo que a pronúncia de circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena seja válida se - e somente se - existir o fato narrado correspondente, e isto apaga, definitivamente, das pronúncias, a "qualificadora não manifestamente improcedente".

A qualificadora não manifestamente improcedente é uma ilação que, como resultado do raciocínio dedutivo, é operação do juízo vedada pelo art. 239 que exige a

indução, ou seja, a qualificadora (ou causa de aumento) não pode ser deduzida a partir do fato narrado, devendo ser induzida conforme a forma lógica legal do art. 239, ainda que se trate de aumentativas subjetivas.

As aumentativas subjetivas deverão ter, necessariamente, um suporte material indicável através de um fato narrado, ainda que se tome por tal acontecimentos verificáveis na externalidade dos sujeitos do crime, na forma lógica do art. 239 repita-se.

A 23ª Procuradoria de Justiça do MPRO tem, reiteradamente, glosado duas qualificadoras por absoluta impropriedade ou ausência de fundamento fático:

a) a qualificadora da dificuldade ou impossibilitamento da defesa pelo simples fato de que a vítima não teve oportunidade de defender-se ou resultou ferida ou morta;

b) a qualificadora da "surpresa".

Quanto à letra "a" é sustentado que a dificuldade ou impossibilitamento deve consistir em uma ação do autor que coloque a vítima em situação de menor ou nenhuma defesa, visto que é a ação do autor que qualifica o crime, ou seja, a ação do autor é a materialidade do fato a ser indicada.

Quanto à letra "b" é sustentado que a situação de fato deve ser tal e como tal conhecida da vítima que a desautorize a fazer qualquer previsibilidade de agressão. A surpresa se dá no cenário de consciência da vítima como no caso da dissimulação, mas não se dá no caso da emboscada no qual a vítima pode morrer sem saber de onde veio o tiro.

Surpresa é quebrar um ovo e encontrar uma pedra dentro, vez que do interior sadio (evento esperado) até o pinto chocado (evento não esperado) tudo é previsível.

Surpresa é o evento produzido pelo autor (art. 13 CP) que, diante das circunstâncias percebidas pela vítima, não é tido como provável.

*Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

O evento qualificador do crime é um FAZER (IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;), é um verbo (trair, emboscar, dissimular, dificultar, impossibilitar) conjugado pelo autor.

Recurso, no caso da qualificadora do inciso IV, é tudo (meio, instrumento etc.) que possa ser utilizado para alcançar o objetivo, não podendo ser a vantagem (meio, instrumento etc) do autor em relação à vítima, nem o tipo do homicídio simples exige o "dolo do combate de confronto" como eximem te da qualificadora. Deveras, a situação de "duelo" (chance ou oportunidade de defesa) resulta em homicídio para o sobrevivente e criaria o paradoxo de a vítima potencial, exatamente por lhe ter sido dada a chance (no caso chance eficaz) de defesa, tornar-se em homicida.

A defesa eficaz diante da agressão homicida deve resultar na excludente da ilicitude, sob pena de a qualificadora ser aplicável sempre que a defesa da vítima não for eficaz (legítima defesa), qual seja: a qualificadora seria aplicável sempre que a vítima resultasse ferida ou morta, negando a existência do homicídio simples.

Desta forma, inarredável que a denúncia contenha a exposição da qual ficadora pelo verbo que o autor conjugou para atingir o objetivo e que corresponda ao meio ou instrumento empregado para dificultar ou impossibilitar, no que deve ser acompanhada pela pronúncia.

Sem a descrição da MATERIALIDADE, ou representação na externalidade circunstancial, tratar-se-á, certamente, de qualificadora vazia, presumida ou deduzida, formas não comportáveis como verdades processuais e tratadas pelo gabinete como qualificadoras "plantadas" sempre que a pronúncia as mantém porque denunciadas.

A expressão "qualificadora não manifestamente improcedente" só adquire validade se, e somente se, em atendimento ao art. 239 do CPP, existir pelo menos uma circunstância provada que autorize INDUZIR a qualificadora.

O método da INDUÇÃO é a passagem que o raciocínio faz do particular (caso em exame) para o geral (coleção significativa de casos semelhantes) mas só é possível tal passagem quando a ação representada na externalidade (cadeia de causação) AUTORIZA, sob pena de a qualificadora estar sendo criada a partir de elementos que pertencem ao conjunto da coleção significativa de casos semelhantes mas que não estão conectados numa relação de causalidade. De forma rasa: a presença dos elementos água, copo e açúcar num cenário NÃO AUTORIZA concluir por copo de água com açúcar dada a ausência da ação humana causal.

### **3.3 3. A VERDADE PROCESSUAL**

A denominada verdade real é algo que está fora do alcance dos humanos dado que os sentidos de percepção imprimem desvios e o corpo de conhecimentos de cada observador possui sua própria constante de deformação da informação: o Advogado que compra uma caixa de fósforos pode estar percebendo um contrato de compra e venda enquanto o comerciante pensa em lucro e o observador incendiário tem outro pensamento. Tudo sobre a mesma realidade.

No plano judicial do Direito Penal existem dois atores em busca da verdade que

os satisfaçam: acusação e defesa, e a acusação é a única que tem compromisso firmado com a verdade visto que à defesa é deferido converter a verdade acusatória em não-verdade.

O compromisso com a verdade impõe ao acusador o pesado encargo de declarar tão próximo da verdade real que os demais observadores de sua declaração a aceitem como provável. Este é o limite: a denúncia não pode conter argumentos de convencimento.

Na fase instrutória são colhidos elementos de convencimento sobre a probabilidade de a denúncia conter uma verdade, e a pronúncia é a peça na qual é declarada a verdade encontrada. Assim, conquanto a lei simplifique a declaração, a pronúncia sempre estará declarando a existência de um crime praticado com culpa (modalidade dolosa).

O crime praticado com culpa será levado à análise do soberano colegiado julgador, o qual dirá se quer ou não a condenação independentemente de resultar convencido de uma das verdades trazidas como opção, e isto parece representar um desconforto para os atores jurídicos e para a sociedade.

O desconforto é fruto do "modo de ver" de cada um, é resultado das deformações perceptivas e das interpretações ditadas pelo corpo de conhecimentos e sua constante de desvio.

Reduzir o desconforto não consiste em dar o máximo de satisfação a todos, mas em produzir uma verdade cuja razoabilidade não possa ser derruída.

Decerto, a verdade inderruível pode ser aquela que esteja mais próxima da verdade real e esteja declarada de forma mais simples e, por incrível, e essa verdade que

atende em maior extensão as vocações do Direito Penal, do Devido Processo Legal formal e substancial, e das garantias constitucionais.

Magistrados e promotores, conquanto prestem serviço de natureza pública, atuam como integradores entre a Lei e a Sociedade, posição que está muito distante da de simples operadores, embora possam ser denominados operadores de integração, no sentido de função.

Nenhum dos dois está a serviço da Lei ou da Sociedade, mas ambos estão a serviço da verdade possível de ser conhecida.

A autonomia na formação da vontade - característica fundamental do poder - não é o livre convencimento ou a liberdade de opinião, mas tão somente a obrigação de expor os fundamentos do convencimento ou da opinião.

É desta sorte que não se aplica ao procedimento do júri o *in dubio pro reo* quando a verdade oscila, mas também não pode ser aplicado o *in dubio pro societate* à vista de que o magistrado e o promotor são, respectivamente, efetivador e garante da ordem jurídica e do regime democrático, do qual o promotor é defensor nomeado no texto constitucional.

Não se aplica o *in dubio pro reo* porque o juiz togado, na fase preparatória, tem sua jurisdição reduzida à formulação de uma proposição jurídica correta que possa ser levada a julgamento, e não podendo formulá-la haverá de impronunciar, desclassificar ou absolver, *estricto sensu*, em consonância com a verdade conhecida.

Não se aplica o *in dubio pro societariado* porque o juiz togado não conheceu da verdade e sua proposição jurídica seria uma proposição de dúvida que, mesmo diante da simplificação da quesitação, levaria os jurados a terem que decidir sobre a validade da

proposição jurídica ou sobre a existência ou inexistência de fato.

A soberania tem como limite negar a proposição jurídica válida, de tal sorte que a submissão de proposição jurídica que contenha dúvida não passaria de um jogo no qual a aposta é bancada com a capacidade de convencimento.

O Estado Democrático de Direito não comporta que os magistrados e promotores anunciem “jogo feito” e aguardem o lançar dos dados.

Em não sendo aceita a soberania do júri que se acabe com ele - se isto for possível - mas não se falte com o respeito a uma instituição que nenhum ditador (Getúlio Vargas e Ditadura Militar) conseguiu inativar, apesar dos esforços.

Getúlio Vargas tirou o júri do bojo da Constituição de 37 e a ditadura militar castrou as letras de garantia, e nada mudou, vez que o povo é fonte legítima do poder por ser o povo e não porque as cartas políticas assim o reconhecem.

Vinte e um anos de vigência da Carta de 88 e os discursos pelo seu cumprimento ainda são necessários.



## **4 GARANTIAS PARA O CONTRADITÓRIO EFETIVO, REAL E INDISPOSITIVO**

### **4.1 DO OFÍCIO OU EMISSÃO DE PARECER**

#### **LEI COMPLEMENTAR Nº 25, DE 06 DE JULHO DE 1998.**

*Art. 56 - Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em outras leis, compete aos Procuradores de Justiça:*

...

*II - oficiar e emitir parecer escrito e fundamentado nos processos cíveis, criminais e administrativos, inclusive por delegação;*

[http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/1/docs/lei\\_complementar\\_25-1998\\_atualizada.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/1/docs/lei_complementar_25-1998_atualizada.pdf)

O verbo “oficiar” indica a ação de praticar o ofício e, por mais abrangente, incluiria o “emitir parecer”.

A distinção entre oficiar e emitir parecer tem sentido formal, vez que o conteúdo do oficiamento e do parecer é o que produz efeito.

Parecer é uma denominação especial da manifestação do Procurador de Justiça que, por não possuir caráter decisório e sendo sugestivo de encaminhamento da solução judicial, é simplesmente “o que parece” conforme a convicção fundamentada.

O entendimento atual deste Gabinete é que a abrangência do conteúdo do parecer sofre severas limitações frente às garantias processuais penais de ordem constitucional, o

princípio do promotor natural, a unidade e indivisibilidade institucional e a independência funcional.

As limitações se estabelecem a partir do art. 127 da Constituição que confere ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

O apontamento geral de que a atuação ministerial na área criminal constitui-se em defesa da sociedade é enganoso, visto que a atuação se dá após ocorridos o dano ou o perigo.

A defesa concreta da sociedade acontece através da segurança pública, sobrando dizer que o Ministério Público na atuação criminal maneja a última razão do direito para a manutenção da ordem jurídica (pleno domínio dos bens e direitos) e do regime democrático (uso e gozo dos bens e direitos).

Pode ser admitido que o resultado concreto do direito penal é uma restauração da integridade cultural da sociedade.

Acontece que ordem jurídica e regime democrático pertencem ao mundo ideal, são valores informativos dos planos material e cultural a serem protegidos contra uma espécie danosa de corrosão que é produzida pela “atmosfera social tóxica” que se forma a partir dos desvios da normalidade, sejam esses desvios de gestão de interesses num extremo ou desvios criminosos em outro, preenchido o intervalo com o que alguns chamam de “esgarçamento do tecido social”.

As práticas penais, historicamente, são fundadas na neutralização do indivíduo que viola a ordem desejada. A severidade da neutralização material parece ser uma razão inversa da posse de conhecimento e instrumentalidade para evitar os desvios.

É a própria história do direito penal que revela o abrandamento da severidade da

neutralização material na medida em que o acervo de conhecimento e instrumentalidade cresceu, porém, o crescimento do acervo não foi seguido pelo crescimento de efetividade: o humanismo penal de Luis Jimenez de Asúa (1) declarado em 1939, só ingressou no penalismo brasileiro em 1985, com a reforma da parte geral do Código Penal e a criação da Lei de Execução Penal.

*(1) Em tradução livre: “Eu sonho, e nos meus sonhos desejo que o Direito Penal desapareça como direito e como penal, e se incorpore a um dos ramos da medicina social, para que os réus sejam tratados como se tratam os enfermos e educados como se educam as crianças”. (em uma conferência em Córdoba, Argentina, em 1939)*

Os ideais de Asúa, ingressos no penalismo brasileiro, foram, sem dúvida, recepcionados pela Constituição de 88, carta que consagra a existência da ordem jurídica e do regime democrático, e dá-lhes o Ministério Público como defensor (art. 127, CF) antes de conferir-lhe atribuições (art. 129, CF).

A configuração do direito penal vem da Constituição (mundo ideal), atravessa a codificação (mundo cultural) e chega aos fatos (mundo real), indicando uma verticalidade que no sentido de cima para baixo apresenta primeiro as garantias, e no sentido de baixo para cima apresenta primeiro os fatos. Os dois vetores, de sentidos e pontos de partida diferentes, se cruzam no ponto da codificação e esta configuração espacial sugere, como será discutido mais adiante que existam operadores para os dois vetores.

## 4.2 DOS MARCOS INSTITUCIONAIS

### 4.2.1 UNIDADE E INDIVISIBILIDADE

A unidade e a indivisibilidade referidos como princípios institucionais estabelecidos para o funcionamento do Ministério Público tem sua resolutividade referida ao plano operacional das atribuições e substituições, o que é correto mas não é um ponto de vista que aloque os princípios como atributos da integridade institucional.

Do ponto de vista institucional interessa mais ao ministério público sua integridade do que a apresentação de executivos sem face.

A separação entre o membro do ministério público ser parte e atuar como fiscal da lei tem trazido mais problemas do que soluções pois a distinção é limitante da atuação.

Desde a Carta de 88 tenho o entendimento de que tal distinção perdeu o sentido, visto que, se podem ser distinguidas como forma de atuação, não escapam, porém, de pertencerem ao mesmo mandato constitucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, CF), de tal sorte que na atribuição criminal seria ator-processual (poder a que se obriga exercer) e garante-processual (dever ao qual se obriga cumprir)

Existentes dois graus de jurisdição, há de ser questionada a estanqueidade funcional entre primeiro e segundo graus como regra geral de atuação no curso de uma ação penal, frente as atribuições originais para a causa e para o processo.

A integridade (unidade e indivisibilidade) é institucional, mas a organização em si mesma, pela distribuição de funções e atribuições, mostra que não existe função de função, ou seja, o primeiro grau ministerial não é um elemento da internalidade do

segundo ou, em outras palavras, o segundo grau não detém, em relação ao primeiro, nenhum privilégio de presença ou assento.

A ideia referendada pelo STF de que o segundo grau ministerial, na mesma ação penal, é tanto parte quanto fiscal da lei (melhor será, sempre, dizer fiscal do direito) apenas afirma a integridade institucional, sem força para estabelecer que o procurador tenha a posição de sobre-acusador, visto que sua atuação não sofre o embate da contraditoriedade, não sendo possível considerar dentro da garantia constitucional a existência de um contraditório acidental e facultativo na forma de sustentação oral ou memoriais.

O STF garantiu à defesa falar sempre por último em qualquer instância, e entendo falar como sendo manifestar-se em contraditoriedade, sob pena de a decisão ser inoperante. Tivesse sido garantida a contraditoriedade à manifestação escrita do segundo grau e este texto não estaria sendo escrito.

#### **4.2.2 DO PROMOTOR NATURAL**

O promotor natural é aquele que atua na estrita legalidade (ordem jurídica, proibição de insuficiência) com a menor gravosidade possível (regime democrático, proibição de excesso), e deve atender ao princípio da proporcionalidade, logo, quando a defesa recorre está considerando que a ópera acusatória está esgotada na instância singela, e outra coisa não poderia considerar dado seu direito subjetivo à competência do foro local que é também o 'locus' de incidência da garantia da amplitude de defesa perante o juiz singular.

O recurso leva para a instância superior a revisão colegiada do singular e tem por matéria de exame as razões e contrarrazões, mais a matéria que possa ser conhecida de

ofício (sem avocação de instância).

O recurso da acusação sofre a severa restrição da proibição da acusação tardia, de tal sorte a não ser admitido nem mesmo argumentos tardios que reforcem, para os sobrejuizes, os argumentos acusatórios já postos, visto que, se deles não se valeu o promotor nas alegações finais o fez por considerá-los desnecessários, e não pode o acusado pagar o preço do arrependimento do órgão acusador, é o que sugere o regime democrático.

Assim, junto com o princípio do promotor natural delinea-se como regra a instância natural de onde, produzido o justo, não sai recurso.

Se sai recurso é possível que não tenha sido produzido o justo, apenas possível, visto que a defesa tem a seu favor o recurso pro misericordiam.

Não tendo sido produzido o justo acusatório a incoerência deste jamais poderá ser debitada ao promotor (a exceção é matéria interna da instituição) mas, debitada ao juiz, nada mais natural que o cada qual tribunal corrija o seu cada qual juiz.

O ideal é que o promotor, no seu trabalho processual, esgote o percurso ascendente que lhe é aberto pela qualidade de “custos iuris”, e muitos o fazem e com isto esvaziam o trabalho do procurador cuja manifestação pode ser resumida em um “devido processo legal atendido”. No entanto, é de boa ordem garantidora que o procurador, seja por manifestação em seu gabinete, seja no colegiado julgador, manifeste sua conformidade (ou desconformidade) com o devido processo legal, e sua posição neste caso seria ordinária (pela ordem), não lhe abonando nada de “natural” como sobre-acusador. Não podendo, portanto, findo o trabalho acusatório no primeiro grau, secundar, suplementar, suprir ou reforçar a acusação, visto que o regime democrático

não comporta que sobre o acusado penda a expectativa de inesperado aumento da gravosidade por via de um segundo grau acusatório.

### **4.2.3 DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL**

A independência funcional consagrada como a inexistência de vinculação de seus membros a pronunciamentos anteriores deve, necessariamente, pertencer à integralidade ditada pela unidade e indivisibilidade, e pode pertencer a estas sem perda do conteúdo próprio. O Ministério Público é, inegavelmente, um poder de Estado, pois está caracterizado como instituição permanente e seus membros são agentes políticos que gozam da faculdade da formação de vontade. A instituição não tem vontade, tem missão, e para tal missão formula políticas e diretrizes.

Os membros do MP não são simples operadores do direito, são integradores, mas são tão “indivíduos individualizados” que necessitam dessa liberdade (ausência de peias funcionais) como garantia de atuação segundo os ditames superiores da missão e das políticas e diretrizes institucionais, sob pena de a integridade institucional transformar-se em simples aglomerado de integradores independentes. Desta sorte, nenhum membro pode escolher não defender a ordem jurídica e o regime democrático, nem “mitigar” tal defesa em favor de uma enganosa defesa da sociedade.

A confiança do povo na instituição depende fundamentalmente de que a atuação faça perceber que a perseguição penal é uma atribuição, apenas uma atribuição, entre as muitas que exerce no sentido da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Além da ordem jurídica e do regime democrático o acusado precisa de certeza em relação ao devido processo legal nas suas formas substantiva e adjetiva, o que pressupõe conhecimento prévio das regras e dos limites da aplicação.

Historicamente ancorado na função de fiscal da lei o Ministério Público ganhou presença e assento em todo o curso processual e procedimental. Suas posições continuam garantidas pelo art. 127 da Carta Magna, mas o que era atribuição foi erguido ao patamar de missão (missio) por força da expressão “incumbindo-lhe a defesa”, que é, sem dúvida a outorga de um mandato e compromisso (cum pro missio) assumido. [1]

*[1] “Por minha honra e pela pátria, prometo cumprir com retidão, dignidade e escrúpulo os deveres inerentes às funções do cargo de Promotor de Justiça, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis.”*

LEI COMPLEMENTAR Nº 25, DE 06 DE JULHO DE 1998. - art. 148, parágrafo único - [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/1/docs/lei\\_complementar\\_25-1998\\_atualizada.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/1/docs/lei_complementar_25-1998_atualizada.pdf) – acessado 27/04/10 07:14:25

A independência funcional não pode servir de apoio à pretensão de acatar ou contrariar a manifestação do primeiro grau, pois a integridade (unidade e indivisibilidade) estaria firmada com o acatamento e cindida com a contrariedade, sendo, portanto, inservível como determinante da atuação do procurador.

### **4.3 DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

Alguns, porém, invocam em nome da defesa da sociedade que o procurador pode entender que o trabalho do primeiro grau enquadra-se como proteção insuficiente e isto assegura completar a proteção.

Entender como proteção insuficiente pode, mas completar a proteção não pode, visto que quebraria a confiança da sociedade, “confessando” haver colocado a serviço dela a insuficiência, sobrando que o embaraço pode ser desfeito adotando-se que o caso é de “protetor insuficiente” cuja solução é de ordem interna, não podendo o acusado



pagar com seus direitos o salário do sobre-protetor suficiente, cuja atuação seria uma verdadeira “opinio reformatio in pejus”.

O procurador chega ao cargo com a boca entortada (no bom sentido) pelo cachimbo que fumava como promotor: a perseguição criminal imediata.

Deveras, fora possível que o promotor cobrisse todo o espectro factual, legal e constitucional, e os procuradores não precisariam existir ou não precisariam ter atribuições processuais no recurso.

O ônus da eventual incompletude acusatória deve ser suportado pela instituição.

#### **4.4 DA ESPECIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PROCURADOR**

Não tem este texto o escopo de cassar nem reformar as atribuições ministeriais do segundo grau, mas de adequar a atuação a uma missão específica de segundo grau.

Primeiro e segundo graus ministeriais, de regra, tem funções e atribuições diferentes e, conquanto o procurador, por razões institucionais exerça função corregedora nos autos, esta atuação é estranha à ação penal, constituindo um procedimento administrativo institucional.

Desta sorte, não é apropriado que a função corregedora ao valorar o trabalho do promotor, seja transposta para os autos na forma de complementação ou contrariedade ao oficiamento originário do primeiro grau.

Com clareza, a atuação no primeiro grau se esgota com a manifestação do promotor no recurso e por força do corolário da “proteção suficiente” da missão ministerial é de ser tida como completa, jure et de jure.

Na prática, se existem promotores que não oficiaram conforme o procurador

entende que devesse ter sido feito, a manifestação é resultado da ópera do “promotor natural” e limite dentro do qual o cidadão espera que a acusação esteja contida, segundo pode ser entendido por ser o Direito Penal autolimitante (prescrição, tipo, sanção etc.) da perseguição criminal.

Sendo impossível que o promotor recorra contra si mesmo com argumento de sua atuação insuficiente, em recorrendo estará atacando a sentença pelos fundamentos dela e não por sua ópera ministerial, e neste caso é desnecessário, ou supérfluo, que o procurador enfrente o mérito, sobrando-lhe enfrentar a sentença como argumento do juízo, caso em que o enfrentamento se assenta na ordem lógico/jurídica que, como como instrumentalidade da ordem jurídica a ser defendida a esta pertence.

Sendo impossível que a defesa recorra contra si mesma, em recorrendo estará atacando as alegações finais do promotor e/ou a sentença. Em atacando a sentença a posição do procurador é a mesma em relação ao recurso da acusação. Em a defesa atacando as alegações finais do promotor que formaram o convencimento para a sentença, o procurador não pode manejar uma espécie de recurso contra a proteção insuficiente, reformando, inovando, complementando ou se valendo de qualquer outra forma acusatória (proibição de sobre-acusação), dado que sua manifestação não está sujeita à contraditoriedade e a defesa, presumidamente ampla, teria esgotado seus argumentos.

No caso do parágrafo anterior aparece, com “forma requisitória” o nível de atuação do procurador: seja visto que o promotor atacado foi tão “suficiente” que figura como recorrido, posição na qual não pode ultrapassar, no pedido, a manutenção da decisão, mas, no ataque ao promotor a defesa pode ter sido “insuficiente”, qual seja, não alcançou a amplitude garantida ao acusado, sendo que a verificação de tal é missão

constitucional comandada no art. 127.

Qual seria a atuação do segundo grau?

Reforçaria os argumentos acusatórios para manutenção da decisão ou reforçaria os argumentos da defesa atuando como **replementador** [2] da amplitude ?

[2] Replementador, de replementar. Diz-se replementar o ângulo que somado a um ângulo dado forma a amplitude do círculo.

*Decerto, se acusação e defesa atuaram de forma suficiente nada terá o procurador para fazer a não ser a verificação do devido processo legal como defensor da ordem jurídica e do regime democrático.*

*A proibição da proteção insuficiente é recomendação para a formulação legislativa do devido processo legal formal e substancial, de qual aplicação resulta a proteção. É perigoso atribuir ao procurador verificar se a proteção do bem penalmente protegido, no âmbito da ação penal, ocorreu ou não, e o perigo tem sede na independência funcional dentro da qual é inserida, equivocadamente, a “opinio delicti”. A localização da opinio delicti é outra:*

*O Ministério Público tem o dever de formar uma opinio delicti conforme a Constituição, pois ela é espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade” e “zona de mediação da legalidade e legitimidade (justiça)”<sup>33</sup>. Ela, na sua substancialidade, é o lugar (topos) hermenêutico que conformará a interpretação do sistema jurídico.<sup>34</sup> Destarte, toda acusação criminal deve passar por um processo de “contaminação constitucional” (banho de imersão – Liebman; filtragem constitucional Clève).<sup>35</sup>*

Acusação ou Ficção? Abrindo uma clareira na opinio delicti com a verdade hermenêutica. - Davi do Espírito Santo

#### **4.5 DA PROIBIÇÃO DA ACUSAÇÃO TARDIA OU SOBRE-ACUSAÇÃO**

A principal proibição de acusação tardia é a prescrição da pretensão persecutória.

A que examino como caso extremo é o aditamento da denúncia que faz o processo retroagir para a fase de imputação (imutatio libeli).

Prova, contraditório e argumentação (alegações) são partes integrantes da acusação, na extensão do que confirma, adequa ou elide a acusação.

Sobre o curso processual e procedimental no primeiro grau incidem todas as garantias:

a) para a acusação a garantia restrita ao esgotamento do tipo, da prova admissível, do contraditório e da argumentação, tudo com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, que não é garantia, é fundamento da República e não pode sofrer “mitigação”.

b) para a defesa a garantia da amplitude de defesa, qual seja, todo o espectro de matéria que o juiz singular pode conhecer, com destaque para a individualização da pena no art. 59 do Código Penal, fazendo com que circunstâncias pessoais suportem pedido “pro misericordiam” sem que haja extrapolação das limitantes do juiz togado.

O libelo inicial chega ao grau recursal inteiramente contraído numa decisão, ou julgado, que o considerou diante das provas, do contraditório e da argumentação.

A insuficiência do julgado só acontece, salvo erro de conhecimento ou juízo,

quando deixa de atender, ou atende a menor, pedido da acusação.

Sem pedido não há sucumbência, vez que o caráter declaratório explícito do direito penal não comporta efeitos automáticos ou ex vi legis.

É visto que mesmo sucumbindo a ópera do promotor é suficiente, caso em que será buscada a suficiência do julgado, por via de recurso, sendo claro que, recorrendo, o promotor renovará seu pedido junto ao tribunal, igualmente de forma suficiente.

Estou considerando que o Ministério Público é uma instituição que dispensa proteção suficiente através de protetores suficientes.

Ora, se a proteção dos bens penalmente protegidos foi suficiente no primeiro grau através do libelo, da prova, do contraditório e da argumentação, qualquer manifestação só procurador que favoreça a acusação (aval, garantia, replementação etc.) constitui sobre-acusação contra a qual não existe garantia de defesa, fazendo surgir a proibição.

Renovo dizer que produzir memoriais ou fazer sustentação oral facultativamente não é garantia de contraditório.

Para concluir: outra coisa não o procurador a fazer senão ficar calado pois o promotor não precisa do seu aval nem da sua atuação concorrente, restando – e o digo como pecador arrependido – produzir grandes e sólidas sustentações acusatórias concorrentes que alimentam a carreira e a notoriedade.

## **4.6 CONCLUSÃO**

Deveras, por ausência de previsão de manifestação da defesa após a incorporação do parecer no segundo grau, o defendido terá, de regra, contra si e no mínimo, novos argumentos aduzidos pelo procurador, o quais podem ser decisivos para manutenção da

condenação e até aumento da pena, situação diante da qual as hipóteses de prejuízo para a defesa são certas.

A existência de um “**sobre-acusador**” diante do qual as oportunidades de defesa são excessivamente onerosas (memorial ou sustentação oral) para o “réu típico” (50 milhões de cidadãos abaixo da linha da pobreza), chega ao nível do insólito quando os tribunais repudiam que o parecer tenha caráter acusatório, denominam o procurador de “opinante”, mas adotam o conteúdo como fundamento para manter ou agravar a situação do defendido.

Opinante é uma imputação de desvalor ao procurador, vez que a função essencial à prestação jurisdicional é regida pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e das demais atribuições constitucionais, nestas não incluídas o assessoramento ou auxílio ao tribunal.

No Ministério Público do Estado de Goiás ocorreu um movimento para dispensar o promotor de contra-arrazoar recursos criminais e transferir essa atribuição para o procurador, ao qual aderi e, em parte, defendi o mesmo que defendo aqui.

Entendo que o fortalecimento da instituição implica em reconhecer que o promotor natural cumpriu suas atribuições com correção, seja ele um novato ou um veterano, visto que à instituição de defesa da ordem jurídica e do regime democrático não comporta eleger denunciados como “cobaias” de aprendizes, nem eleger procuradores como revisores dos TPC dos aprendizes (Trabalhos de Perseguição Criminal).

Nem de longe pensar que o trabalho do procurador seja um gerenciamento de riscos inerentes e danos ocorrentes pois, para atropelar o promotor natural haveria de

exercer a impossível renúncia ao mandato constitucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

O que o promotor natural fizer estará feito, pronto e acabado.

Supondo, em extremação, que o trabalho do promotor está mal feito, mal pronto e mal acabado, cumprirá ao procurador “procurar” restabelecer a ordem jurídica e o regime democrático pela requisição do adimplemento integral do devido processo legal nas suas formas adjetiva e substantiva (matéria de ordem pública primária), vedada qualquer iniciativa acusatória.

O princípio do promotor natural atua como limitante da “independência funcional” do procurador no tocante ao mérito acusatório, dado que o procurador não é prolongamento da função executiva do primeiro grau, razão mais forte pela qual não pode manifestar-se a favor da acusação, constituindo um simples “de acordo” num aval de excessiva gravosidade para a defesa (dupla acusação).

A distinção orbital das atuações valoriza o que cada agente pode fazer de melhor: o promotor a perseguição criminal; o procurador a perseguição constitucional.

A unidade e a indivisibilidade não resultam feridas pela distinção orbital, visto que definem a integridade de um complexo de partes e não a replicação funcional de uma instância para outra.

A replicação funcional resultaria em ser uma prerrogativa do procurador, já que o promotor não tem caminho para replicar as atribuições do segundo grau, e a completude da perseguição criminal se transformaria num “game” [The D.A. Deleter] cuja tela inicial anunciaria que o procurador já ganhou o jogo, e tudo se desenrolaria para determinar se o ganhador (Deleter) prorrogou a vida ou matou o promotor (D.A. =

District Attorney).

### **The game is over.**

As críticas são esperadas, mais que esperadas desejadas e mais do que desejadas bem vindas, em homenagem ao “contraditório real, efetivo e indispositivo”.

*Por tudo isso é que parece insustentável a intervenção do Ministério Público em segundo grau nas ações penais apenas como “custos legis”, posição inclusive que não raro ofende o contraditório e a amplitude da defesa. No futuro a atuação do MP como parecerista deve ser abolida, se é que de fato foi recepcionada pela Constituição.*

*Por essas e outras, temos que já é tempo de se iniciar amplo debate sobre a necessidade urgente de revisão de toda a estrutura funcional do Ministério Público, a fim de tornar a sua atuação mais racional e eficiente.*

Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau

<http://pauloqueiroz.net/sobre-a-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau/>

06/04/10 11:53:48

Entre a postulação acadêmica, advocacia, promotoria e procuradoria consumi 30 anos para chegar a estas conclusões.

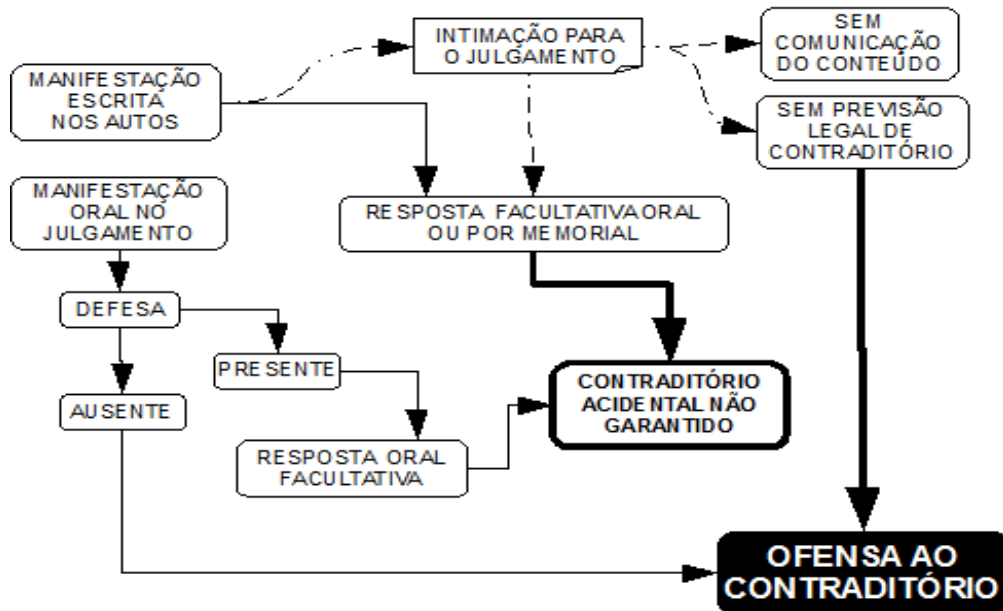
Não tenho nenhuma sensação de estar errado, embora possa estar, mas tenho todas as sensações decorrentes do esforço para cumprimento fiel do mandato constitucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

## **4.7 PROBLEMA:**

Percepção da ofensa ao contraditório na manifestação do Procurador.



## HIPÓTESES COM OFENSA AO CONTRADITÓRIO



É nítido no diagrama que:

1. a ausência de previsão legal de resposta à manifestação escrita do procurador constitui negativa do contraditório;
2. a manifestação oral do procurador diante de defesa ausente constitui negativa de contraditório;
3. a resposta facultativa oportunizada pela intimação para o julgamento gera um contraditório acidental não garantido.

A defesa não goza do mesmo privilégio de território (sede na Capital) e meios

(assento obrigatório no julgamento), e mesmo se amplia no espectro pro bono, dativo ou público, sem amparo para dispêndio de tempo (pro bono) ou deslocamento (dativo e público), de sorte que a presença de defensor quando do julgamento é acidental na maioria dos casos, culminado por favorecer os que podem pagar, e reduzindo a amplitude para os de menores recursos financeiros, dado que a defensoria pública não está estruturada para dispor um defensor com assento nos colegiados.

#### **4.8 OBJETIVOS:**

Garantir o contraditório e a ampla defesa nos termos da Constituição

*Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)*

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

O contraditório deve ser efetivo, real e indispositivo, consistindo, de forma resumida, em assegurar que a cada novo fato ou ato procedimental ou processual produzido, ou oportunidade dada a uma parte, a parte opositora possa se manifestar ou ter igual oportunidade.

De regra, sob o título DO PROCESSO COMUM, o contraditório e a ampla defesa são desenvolvidos em atendimento à Constituição e ocorrências contrárias são acidentais.

No segundo grau de jurisdição o contraditório perde sua consistência,

notadamente quando o Procurador de Justiça se mostra aliado da acusação, e fortemente quando inova na acusação.

Seja entendido como inovação acusatória quaisquer argumentos, fundamentos, subsídios, doutrina, jurisprudência, reforço, discurso de convencimento, ou mesmo repetição de termos acusatórios constante dos autos.

O contraditório se apresenta como instrumento que permite o conhecimento e a manifestação da parte adversa. O conhecimento se dá frente ao aspecto de que a cada provocação processual de uma parte, será visualizada pela parte contrária, a qual passará a saber, de forma integral, sobre o movimento promovido. Todavia, não basta apenas o conhecimento. É essencial que seja oportunizado a faculdade de reação, ou manifestação impugnativa. Mesmo com a ciência da atividade da parte adversa, o contraditório outorga a possibilidade de uma participação objurgativa, ou seja, um contra-ataque.

Parecer do Ministério Público, na segunda instância, sem o devido contraditório.  
Lúcio Santoro de Constantino - do acervo do Gabinete

#### **4.9 DO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ACUSATÓRIA**

Este Gabinete adota, como regra geral, que a perseguição criminal na primeira instância sempre se apresenta eficaz, de tal sorte que os recursos podem ser julgados na segunda instância independentemente de novas manifestações, sem ofensa aos comandos constitucionais, e o princípio do promotor natural contém a acusação nos limites do primeiro grau, impedindo que o procurador produza qualquer inovação acusatória, na forma de argumentos, fundamentos, subsídios, doutrina, jurisprudência, reforço, discurso de convencimento, ou simples adoção das razões do primeiro grau.

O argumento do parágrafo anterior não faz o procurador decair de sua posição natural na conformidade da lei, antes, vem a destacar que o procurador não promove a ação penal em primeiro grau onde o contraditório é inarredável e acontece fala-a-fala, logo, tomado o procurador como uma extensão natural do promotor é de ser estendido o contraditório inarredável fala-a-fala, sem o que a extensão natural estaria sendo transformada em privilégio acusatório.

E não é demais voltarmos a questão tradicional da essencialidade do parecer. Se não fosse imperioso, certamente o mesmo seria desprezado pela economia processual. Contudo, sabe-se que a supressão do parecer ministerial acarreta em nulidade absoluta, forte no artigo 564, III, d, do CPP.

Nestas condições é de se reconhecer a importância vital ao processo, da manifestação do representante do Ministério Público, que não raras as vezes serve de fundamento para o posicionamento do julgador. Por sua vez, professora Moreira (2003, p.263):

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).

Parecer do Ministério Público, na segunda instância, sem o devido contraditório. Lúcio Santoro de Constantino. Do acervo do Gabinete.

O rompimento dos limites de primeiro grau pelo procurador de justiça, em favor da acusação, em razão de atuar como parte incidível, constitui extensão acusatória que não pode ficar sem resposta da defesa, mas a lei não tem previsão de resposta garantida, prevendo apenas resposta facultativa através de sustentação oral ou memoriais.

#### **4.10 DO CONTRADITÓRIO PREVISTO NO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Goiás prevê diversas hipóteses de contraditório:

##### **INSTRUÇÃO**

*Art. 371. No julgamento, o Tribunal, poderá proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.*

*Parágrafo único. As partes serão ouvidas sobre a prova que se produzir por determinação do Tribunal.*

##### **4.10.1 MEMORIAIS**

*Art. 152. É facultado às partes apresentarem até quarenta e oito horas antes do julgamento, memoriais aos desembargadores, mas, nesse caso, deixarão no protocolo tantas cópias quantos forem os julgadores e mais as destinadas à partes.*

*§ 1º Para efeito da contagem do prazo aqui previsto, tomar-se-á por base a data da circulação do órgão oficial que publicar a respectiva pauta. O adiamento do julgamento não favorece o interessado para a contagem desse prazo.*

*§ 2º O relator determinará a juntada, por linha, nos autos, desde que dentro do prazo.*

#### **4.10.2 SUSTENTAÇÃO ORAL**

*Art. 87. Anunciado o feito a ser julgado e apregoadas as partes, se necessário, o presidente dará a palavra ao relator, que procederá à leitura do relatório, se houver, ou fará a exposição sucinta da matéria, sem manifestar o seu voto.*

*§ 1º Nos casos em que for permitida a sustentação oral, concluído o relatório ou a exposição, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, pelo prazo improrrogável de quinze minutos. Nos agravos em processos falimentares, nos recursos em sentido estrito, nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção e nos processos administrativos esse prazo será de dez minutos, excetuado a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Tribunal por trinta minutos. Haverá prévia inscrição para a sustentação oral, com a necessária identificação do advogado postulante.*

Na hipótese de instrução (art. 371) é visto que as garantias deferidas ao contraditório estão ativas, mas nas hipóteses de sustentação oral e memoriais é tido como claro que o contraditório é facultativo.

#### **4.10.3 DA PREOCUPAÇÃO COM O CONTRADITÓRIO FACULTATIVO**

Deve ser entendido que o dever de defesa conduzirá o defensor a responder a qualquer inovação acusatória feita no segundo grau, mas o cenário da prática mostra que tal não chega a constituir regra.

Deveras, a defesa que atuaria no segundo grau está dispersa pelo território do Estado, não gozando, portanto, do privilégio territorial do procurador de justiça.

Secundando o argumento do desequilíbrio territorial tem-se que grande parte dos recorrentes pertence ao universo dos despossuídos de recursos para bancar a defesa na amplitude da garantia, e mais que os defensores dativos não contam com recursos públicos para efetivação da ampla defesa e a defensoria pública não se encontra estruturada para manter defensor assentado junto ao segundo grau.

Nessa esteira do desequilíbrio é criticável ser aceita a defesa possível quando o defendente não tem acesso amplo ao conteúdo da peça de segundo grau e nem dela é dada publicidade na forma de publicação ou notificação.

A certeza procedimental da manifestação de segundo grau não é suficiente, vez que a intimação do defendente ocorre para a sessão de julgamento, o que não se dá com tempo hábil para acesso, conhecimento e preparo da fala.

O Ministério Público não tem o dever legal de publicar ou notificar, e o Judiciário, também por ausência de um comando legal, não manifesta, como efetivador das garantias, que a uma fala da acusação deve seguir-se, inarredavelmente, uma fala da defesa, contentando-se em ter a simples oportunidade da defesa possível como efetivadora.

Desta sorte resulta para a defesa uma gravosidade instrumental que desequilibra as forças, o que não é aceito pelo regime democrático.

Preocupa, então, que o contraditório facultativo não exercido esteja sendo um modelo de impotência instrumental desequilibrante, visto que o não exercício não pode ser tomado como declaração tácita de satisfação com a defesa produzida.

O Poder Judiciário é o efetivador das garantias constitucionais substantivas e adjetivas e, sendo o contraditório de natureza efetiva, real e indispositiva, incorrerá em

falha se admitir defesa tácita.

É para evitar que a garantia do contraditório e da ampla defesa, no segundo grau, tenha curso como Argumentum ad Antiquitatem dando prosseguimento ao “sempre foi assim”, que é feita a proposta de garantir o contraditório expresso em grau mínimo de clara manifestação da defesa sobre nada ter a aduzir.

Adota-se o entendimento de que mesmo quando o procurador atua exclusivamente como garante do devido processo legal, sem manifestar-se quanto ao mérito, deve a defesa ter a oportunidade de resposta para examinar a probabilidade de prejuízo para o defendido, mesmo que a atuação do procurador seja invencível.

#### **4.11 DO PARECER DO PROCURADOR**

##### **Lei Orgânica do Ministério Público:**

*Art. 368. Registrado e autuado o feito e, na hipótese do artigo anterior; apresentadas as razões das partes, ou esgotado o respectivo prazo, abrir-se-á vista à Procuradoria-Geral da Justiça, que terá dez dias para opinar; quando se tratar de sentença proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão; e cinco dias, nos outros casos.*

*Art. 369. Com o parecer da Procuradoria-Geral, os autos serão distribuídos.*

##### **LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**

*Art. 56 - Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em outras leis, compete aos Procuradores de Justiça:*

*I - comparecer às sessões de Câmaras Isoladas, Reunidas, Grupo de Câmaras e do Conselho da Magistratura;*



*II - oficiar e emitir parecer escrito e fundamentado nos processos cíveis, criminais e administrativos, inclusive por delegação;*

*III - participar das sessões dos Tribunais, no julgamento dos processos em que oficiou, tomando ciência, pessoalmente e mediante vista dos autos respectivos, das decisões proferidas;*

Este Gabinete entende o emprego dos termos "opinar", "oficiar" e "parecer" são formas elegantes de admitir que o tribunal possa julgar independentemente da opinião ou parecer do Procurador de Justiça, o que, porém, não afasta - evitando o termo "opinião" que tem o significado amplo de afirmação feita com o receio de erro - que o parecer (o que parece) seja emitido com o critério da certeza objetiva (verdade processual = efetividade), e resguardar que o Ministério Público, função essencial à prestação jurisdicional, não se baixe à posição de "fiel seguidor" do Judiciário.

Este gabinete tem considerado, sempre, que o Judiciário é o efetivador das garantias constitucionais substantivas e adjetivas do processo penal, e que o Ministério Público é o garante (art. 127, CF = defesa da ordem jurídica e do regime democrático) de tais.

A posição de garante, ou defensor da ordem jurídica e do regime democrático, conduz a que na inafastável atribuição de emitir parecer, o órgão ministerial junto ao segundo grau manifeste-se expressamente quanto ao atendimento das prescrições de que é garantidor, e deverá fazê-lo independentemente do mérito, sobrepondo-se inclusive a posicionamento legal, doutrinário ou jurisprudencial que considere não recepcionado pela Carta Maior.

Em resumo, é considerado que o Procurador de Justiça, na inafastável atribuição emitir parecer, é o tutor da regularidade constitucional, por sobre todos os demais

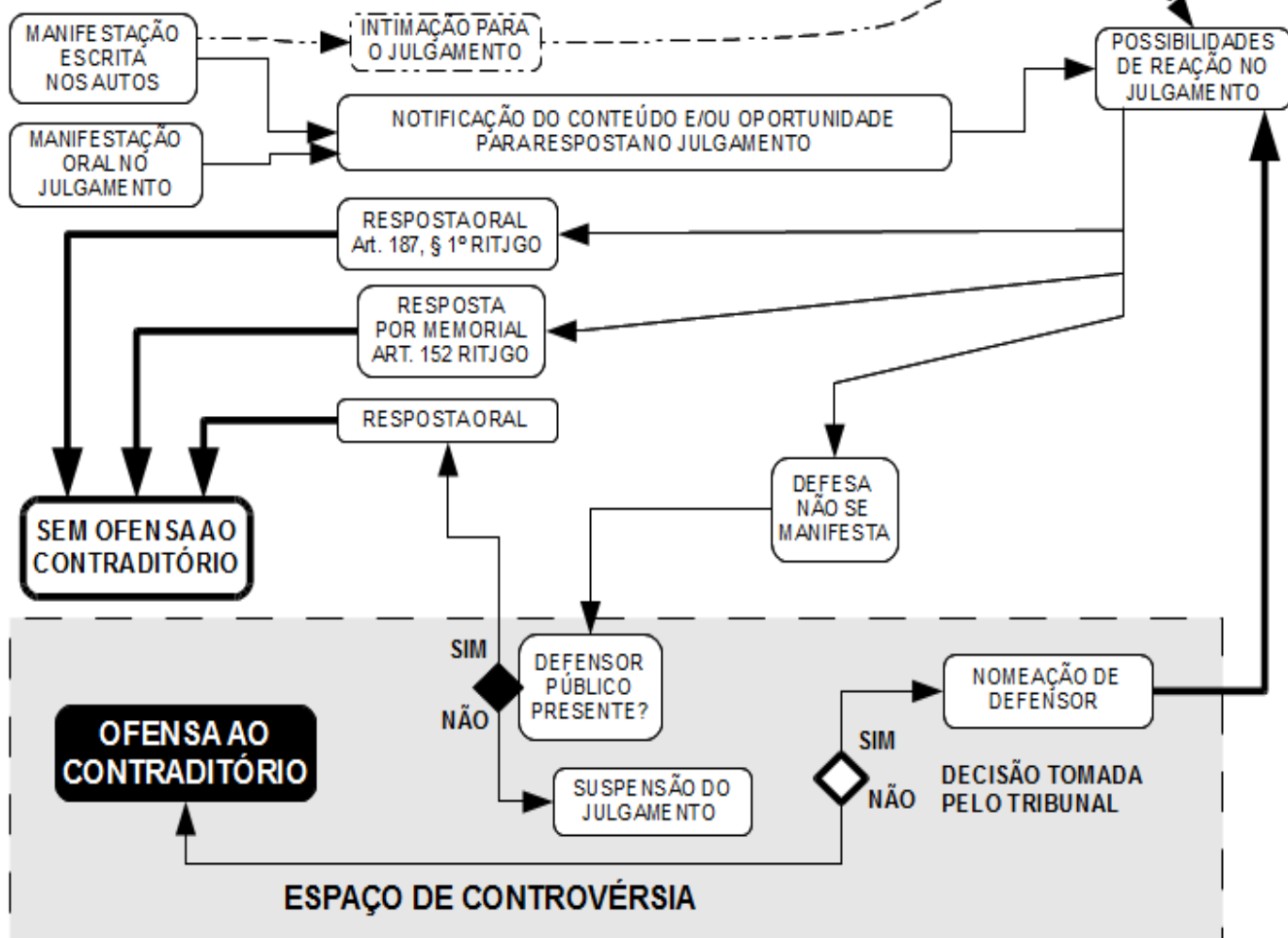
interesses.

O Gabinete, conhecedor da realidade fática observável na plataforma social, entende que o prolapado "equilíbrio de forças" resulta falacioso diante de um Estado-jurisdicional que, por menos recursos que detenha e opere terá sempre mais recursos do que o defendido, este sempre limitado pelo acesso pago a tais recursos ou limitado quanto a prioridade de acesso a recursos gratuitos e, desta sorte, adota a expressão "equilíbrio de forças" no estrito sentido de regularidade constitucional e demais recepcionado pela Constituição.

A estabilidade do equilíbrio de forças dependerá, sempre, da proibição de inovar argumentos, fundamentos, subsídios, doutrina, jurisprudência, reforço, discurso de convencimento, exceção aceita, e unicamente esta, quando a defesa “sponte sue” produz sustentação oral junto ao Tribunal, entendida tal situação como pertinente à amplitude de defesa perante julgadores togados.

[FIGURA ADIANTE]

## HIPÓTESES DA PROPOSTA



Assim, é afastado qualquer entendimento de que a manifestação de segundo grau seja um “inofensivo” processual meramente informativo aos julgadores togados e imune ao contraditório.

## **4.12 DOS PONTOS CONTROVERSOS**

### **4.12.1 ACUSAÇÃO**

Ausente para o procurador o dever legal de dar publicidade ou notificar do conteúdo de sua manifestação, é de ser fincado como pilar central o inarredável dever de defesa da ordem jurídica e do regime democrático que, expresso no art. 127 da CF, implica em que a atuação esteja apoiada em tal pilar, independente da existência de direito positivo orientador da atuação.

A distinção entre parte e fiscal da lei ainda é discutida mas as conclusões tem servido mais para mitigar as garantias do que para assegurá-las, principalmente no segundo grau onde o presença ministerial tem indubioso DNA de fiscal da lei e definida face acusatória.

A rigor a posição de fiscal da lei não teria desaparecido com a Carta de 88, apenas deixou de ser principal para tornar-se instrumental, simples ferramenta de controle da integridade da ordem jurídica e do regime democrático.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

O art. 127 da CF confere à instituição um mandato geral não podendo o inciso I do art. 129, de hierarquia funcional, estreitar o exercício do munus. A conjugação dos artigos retro citados forma o par garante-acusador, nesta ordem, impondo uma ordem de atuação.

Preferiu-se o termo “garante” no lugar de garantidor em razão de o ministério público prometer o cumprimento do mandato, e por força do latim sponsor (fiador) que deriva de spondeo (tomar um compromisso solene).

Assim, entende-se que o Ministério Público, à larga do comando legal, deve promover as medidas assecuratórias das garantias que, nesta proposta, para o procurador, são duas:

- 1 – informar a defesa;
- 2 – oportunizar ações defensiva em contraditório.

#### **4.12.2 DEFESA**

O contraditório consiste no direito a informação e também no direito a participação. O direito a informação (a ser cientificado) é “respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação” (BECHARA e CAMPOS) e o direito a participação consiste “tanto no direito a prova como no direito a atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita” (BECHARA e CAMPOS).

In Breve análise dos Princípios Constitucionais do Processo – 30/jun/2005 - Bruna Barbieri Waquim. Do acervo do Gabinete.

Não é descabido entender que o Judiciário, como tutor da legalidade e em nome

da segurança processual/procedimental poderá oferecer resistência à ampliação instrumental extra-*legem* do contraditório.

Não é descabido, também, entender que a guarda da Constituição é atribuição geral dos juízos togados singulares e colegiados independentemente de que a Carta ou a lei lhes defira tal expressamente, e isto é entendido como “vontade de constituição” (Konrad Hesse).

É tido também como obstáculo possível a tendência de simplificação ritual que é anunciada como solução para a demanda não atendida ou postergada, porém, a proposta está centrada em garantia constitucional que o tribunal não pode julgar desnecessária ou inútil, já que lhe competiria, em adotando:

1 – intimação para o julgamento com notificação do requerimento do procurador;

2 – verificada a ausência do defensor intimado dar defensor ao acusador.

A providência 1 é resolvida com poucas palavras (... notificando-o que o Procurador ....)

A providência 2 é resolvida com a requisição de defensor público para ter assento nas sessões.

Entende esta Procuradoria que a economia de tempo deve ser buscada antes na simplificação, desburocratização e juscibernetização, do que no impedimento a práticas garantidoras da defesa, entendido aqui que é a defesa que sabe o alcance da amplitude e não o tribunal.

*Ao invés, portanto, de adaptarmos antigas leis aos novos tempos, densificando e extraindo a máxima efetividade das normas e princípios constitucionais, por meio de*

*uma interpretação “juridicamente produtiva ou criadora”, fazemos o contrário e cultuamos as leis em estilo fetichista, esquecendo-nos de que elas não foram criadas para terem um fim em si mesmas, mas para servirem à felicidade do homem.*

A Lei Nº 10.792/03, O Contraditório e o Conservadorismo - Rogerio Schietti Machado Cruz. Do acervo do Gabinete.

Com a permissa venia, em respeito aos princípios ora debatidos, entendemos que deva ser pensado em uma etapa, uma fase a ser deferida à defesa, propiciando, quiçá, ao menos que se proceda a intimação da parte ex adversa, para fazer a contra oposição ao que foi em nosso entender indevidamente acrescido, alongado, ou seja, o que denominamos de “acréscimos acusatórios”; e, em caso de tratar-se de réu pobre, portanto sem recursos financeiros, como via de regra, possibilitar em respeito ao princípio do contraditório, da igualdade, etc.., que a Defensoria Pública, se manifeste a respeito.

É o mínimo o que se poderia esperar de um Estado Democrático de Direito, onde haja Justiça e vigore princípios basilares da Constituição tal qual o contraditório e a isonomia.

Lesão ao princípio do contraditório e da isonomia na esfera da instancia superior no que pertine a manifestação da procuradoria de justiça. Tarcisio Marques. do acervo do Gabinete.

#### **4.13 PROPOSTA DO GABINETE**

O Gabinete não pretende, no momento, enfrentar questões legislativas nem obter consenso para uniformização de atuação. Quer, tão somente, avançar no terreno do contraditório efetivo, real e indispositivo e consolidar uma experiência que possa ser

aproveitada.

#### **4.13.1 DO PROCEDIMENTO GERAL ESCRITO E ORAL**

A 23ª Procuradoria de Justiça adotará, a partir de 31 de março de 2010, como regras de promoção da garantia do contraditório:

1. enviar para a defesa cópia do parecer passado nos autos do processo de seu defendido notificando em destaque o conteúdo da peça e alertando para a produção de sustentação oral ou oferecimento de memoriais em resposta;

2. notificar o Advogado se, no caso, produzirá sustentação oral em favor da defesa, conforme teor do parecer; requerendo, no corpo do parecer, a inscrição para sustentação pertinente e, em caso de defesa não presente para responder fazer consta da ata a tese defensiva apresentada, para evitar qualquer denúncia vazia sobre nulidade;

3. o gabinete não se manifestará processualmente em nenhum caso de insuficiência acusatória, ressalvadas providências institucionais internas não declaráveis nos autos.

4. o procurador, se presente na sessão de julgamento como titular, substituto, eventual, convocado, provocado pelos julgadores ou por iniciativa própria:

a) sempre se manifestará a favor da ordem jurídica e do regime democrático ainda que tal implique em nulidade ou, em sede de Habeas Corpus, na denegação da ordem;

b) não sustentará matéria que prejudique o resultado já obtido pela



defesa, ressalvado caso de restauração do devido processo legal, e nunca em caso de réu preso;

c) mesmo entendendo estar atuando na posição de "fiscal da lei" não firmará posição contra a defesa sem que esta venha a ter oportunidade de pronunciamento.

#### **4.14 DO FORMATAÇÃO DO PARECER ESCRITO**

Timbre

Epígrafe

Cabeçalho padrão

#### **RELATÓRIO**

Adotado o relatório de folhas. [relatório complementar se necessário]

#### **ADMISSIBILIDADE**

O recurso é próprio e tempestivo, podendo ser conhecido.

#### **PRELIMINARES QUE CONTRARIAM**

a] impropriedade/intempestividade do recurso e/ou

b] ocorrência de prescrição, pedindo o exame ex officio e/ou

c) ausência de interesse do acusador que recorre por aumento de pena sem ter feito sustentação quando das alegações finais.

#### **DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Autos examinados, devido processo legal atendido.

#### **PRELIMINARES QUE CONTRARIAM**

Autos examinados, com reparos conforme arguição a seguir:

a) defeito do dispositivo fixador da pena

b) .....

## **MATÉRIA DE DEFESA**

Tese: .....

Os argumentos, fundamentos, subsídios e convencimentos que operem em favor do condenado, ou de sentença absolutória;

## **MANIFESTAÇÃO DA ACUSAÇÃO**

Tese: .....

O órgão acusador de primeiro grau manifestou-se de forma regular.

É o parecer, com cópia enviada para a defesa.

### **4.15 ANEXO**

*LEI N° 9.800, DE 26 DE MAIO DE 1999.*

*Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.*

*O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:*

*Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.*

*Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo,*

*necessariamente, até cinco dias da data de seu término.*

*Parágrafo único. Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.*

*Art. 3º Os juízes poderão praticar atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta Lei, sem prejuízo do disposto no artigo anterior.*

*Art. 4º Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.*

*Parágrafo único. Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo.*

*Art. 5º O disposto nesta Lei não obriga a que os órgãos judiciários disponham de equipamentos para recepção.*

*Art. 6º Esta Lei entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.*

*Brasília, 26 de maio de 1999; 178º da Independência e 111º da República.*

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Renan Calheiros

**COPYLEFT SÃO LIVRES:**



- 1) a reprodução exclusivamente para fins não comerciais, desde que o autor e a fonte sejam citados e seja incluída a nota COPYLEFT;
- 2) a modificação, acréscimo ou supressão desde que o texto original sejam mantido como referência.

**COPYRIGHT**



O autor autorizará, na forma da lei, a reprodução comercial mas notifica os interessados que a publicação COPYLEFT não será descontinuada.

**PARA REPRODUÇÃO COMERCIAL ENTRAR EM CONTATO COM**

SERRANO NEVES ([pmsneves@gmail.com](mailto:pmsneves@gmail.com))

**COLEÇÃO**

**TEMIS DESVENDADA**



**EDITORA LIBER LIBER (EDITORA LIVRO LIVRE)**

é marca de fantasia adotada por Serrano Neves para difundir textos como função social da propriedade intelectual.