Com min. Schietti e promotor Zílio, digo: Precisamos falar sobre o MP

1. Min. Schietti pede que MP pare de ser "despachante" e promotor Zílio denuncia punitivismo medieval que matou seu irmão

Falarei, hoje, de questões institucionais. Do MP. De Castor a Dallagnoll (e a famosa fundação abortada pelo STF), passando pela investigação do TCU sobre as diárias, até a procuradora-que-virou- e de TV negacionista.

O que está acontecendo com o Ministério Público? Em São Paulo, o MP é condenado por ação temerária em improbidade (pior: parece que perdeu o prazo do recurso). Bom, cada advogado por certo tem história(s) para contar — por exemplo, sobre denúncias criminais irresponsáveis (lembremos do caso Michel Temer). E o caso Beto Richa e Ricardo Coutinho.

Mas alguém poderia objetar, dizendo: são casos isolados. OK, deixemos de lado, então, esses casos. Fiquemos no plano do simbólico.

Para tal, peguemos o recente julgamento relatado pelo ministro Rogério Schietti, ex-integrante do MP. Em um Habeas Corpus, na corte, Schietti fez um apelo ao Ministério Público de São Paulo *para que seus membros deixem de atuar como meros "despachantes criminais"*, ocupados em simplesmente pleitear o emprego do rigor penal. Grave, pois não?

E, em contundente e emocionante artigo, o promotor do Paraná, Jacson Zilio, denuncia a morte de seu irmão, em episódio parecido com o do reitor Cancellier. Zilio diz que "*o poder punitivo medieval parece sobreviver na atitude de promotores vingativos e de juízes açodados ou dóceis*". O texto do promotor Zilio é autoexplicativo. Só isso já demandaria uma reunião nacional do MP.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Volto ao caso denunciado por Schietti, em que o órgão ministerial apelou de uma sentença que havia desclassificado a conduta de um homem flagrado com 1,54 grama de cocaína e R$ 64 no bolso. Nem ele e nem eu digo que não se deve punir. O furo é bem mais embaixo.

Há milhares desse tipo de caso. Em um deles, vindo de MG, houve recurso por causa de um projetil usado como pingente, questão que chegou ao STF. Na ocasião, escrevi *"Na ânsia de condenar, MPF usa inversão do ônus da prova"* (ver aqui). Veja-se também o HC 197.164 —STF. Sem esquecer do caso de Janaina, mulher pobre, em situação de rua, com filhos. Por isso um membro do Ministério Público entendeu que ela deveria ser esterilizada, em uma espécie de eugenia tupiniquim.

E o que dizer do assustador manifesto contra a bandidolatria (sic), *não contestado pelas cúpulas da Instituição*? E como esquecer que o MP embarcou — e protagonizou, escandalosamente — (n)o famoso pacote das dez medidas que propunha — pasmem — *prova ilícita de boa fé e fragilizava o Habeas Corpus?* E o que dizer de *Janot-enquanto-houver-bambu-vai flecha*?

Além disso, a PGR Raquel Dodge não defendeu o STF quando este sofreu ataques, fazendo com que a Corte lançasse mão do Regimento Interno. E, agora, o PGR Augusto Aras perde a oportunidade de defender a *Instituição STF* dos ataques do presidente da República. Atenção: além de tudo, o MP, pela Constituição, é o guardião do Estado Democrático de Direito.

Pequenas coisas… grandes consequências. Por exemplo, houve alguma reação institucional do MP nacional quando um procurador da república sustentou prisão preventiva com a pérola passarinho na gaiola canta melhor? Na verdade, o agente recebeu aplausos… Qual é o limite da independência funcional?

Como podem ver, sou testemunha da história. Escrevi sobre tudo isso ao longo dos últimos trinta anos.

2. E o ministro tocou na ferida…

Qual é, efetivamente, o papel do Ministério Público na nossa democracia? *Essa é a ferida narcísica da Instituição.* Mas parece que ninguém — ou muito poucos — querem falar disso.

Fui membro por quase três décadas. Tentei várias vezes discutir algumas questões: uma, o próprio papel da instituição, que, para mim, *deveria agir como uma magistratura, de forma isenta*, sem ser perseguidor implacável, ignorando nulidades e outras garantias a favor da defesa (fui candidato a PGJ — minha tese principal era essa!). Mais contemporaneamente, isso fez com que eu capitaneasse o projeto Anastasia-Streck, que pretende introduzir no CPP, *mutatis mutandis*, o artigo 54 do Estatuto de Roma (ou o artigo 160 do CPP alemão — ou a doutrina Brady, se quiserem). Gestão da prova — eis o ponto.

A segunda questão diz respeito ao MP de segundo grau. Nisso reside o apelo e a crítica do ministro Schietti, que bem conhece o assunto, bastando ler livros e artigos do ministro sobre isso (ler aqui). Para registro, já em 2003 Schietti, no seu livro *Garantias processuais nos recursos criminais*, abordava essa relevante questão, chamando-a de *"objetividade da atuação do MP"*. Para tanto, cita o art. 358 do Código de Processo da Itália (1988), que impõe ao Ministério Público, na fase das investigações preliminares ao juízo, o dever de desenvolver também o esclarecimento de fatos e circunstâncias " *a favore della persona sottoposta alle indagine"*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

. Vale dizer, atua, desde aquela fase, *com o propósito de obter justiça e não apenas de recolher dados instrutórios contrários aos interesses do imputado.* Isso se repete no art. 53º do Código de Processo Penal de Portugal (alterado pela lei 59/98).

E Schietti é definitivo ao lembrar o art. 7º do Estatuto Orgánico del Ministero Fiscal de Espanha, que reza que "*por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objectividad e independencia en defesa de los intereses que le estén encomendados*".

Poderia parar por aqui. O "precisamos falar sobre o MP" já teria material suficiente. Mas seguirei, por zelo republicano.

Uma rápida busca nos acórdãos dos tribunais da República mostra que o parecer do MP de segundo grau é referido, via de regra, brevemente como "*o MP opinou pelo provimento do apelo do MP"* ou *"Opinou desfavoravelmente ao apelo da defesa*". Sequer, na grande maioria, fica-se sabendo o nome do procurador. Mais: o que disse, afinal, o membro do MP de segundo grau no seu parecer? O acórdão — *documento oficial que retrata a história do julgamento* — não menciona. Rarissimamente menciona (há uma pesquisa em andamento; os dados estão sendo compilados — meu registro, aqui, é decorrente de amostragem; interessante é que, em dois estados, na amostragem, viu-se 100% de pareceres contra o apelo do réu; evidentemente que os dados devem ser checados e analisados).

Ora, um agente do MP tem as mesmas garantias da magistratura. *É uma espécie de magistrado*. Mas indago: Seu papel é — e aí entra a crítica de Schietti — *o de ser despachante (sic) do que disse o MP de primeiro grau?* Ou de fazer recursos para o STJ e STF como se fosse um "promotor público"?

Meu levantamento mostra que urge que o MP converse, institucionalmente, com o PJ para que as manifestações de segundo grau sejam melhor explicitadas nos acórdãos — até para que se tenha uma *accountabillity*.

Abrindo acórdãos do TJ-MG, por exemplo, o que mais se vê é "*Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem"*. Na Justiça Militar de MG: "*O e. Procurador de Justiça ofertou o seu parecer às fls. 64/64v, pugnando pelo não provimento do presente recurso*". Quem ler o acordão, perguntará: "E…?"

Veja-se que até nos concursos públicos para o MP se constata aquilo que Schietti critica, valendo lembrar o caso de Minas Gerais em que o concurso claramente *incentivava a desobediência à jurisprudência garantista do STF e STJ* (ver aqui).[1]

Vejam: estou falando do Ministério Púbico, *instituição que detém parcela da soberania do Estado*; seus membros possuem as mesmíssimas garantias da magistratura. Isso consta na CF por alguma razão, pois não?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Observe-se: os PGJs e o PGR têm a palavra final sobre ações penais. Parcela de soberania estatal! Por isso, o MP deveria agir como uma magistratura, *sem fazer agir estratégico e agindo com imparcialidade* . O ministro Schietti, que já esteve lá, *sabe que o MP não vem agindo como uma magistratura*. Jámostrei isso acima. O promotor Jacson Zilio vai na mesma linha.

Portanto, imitando aqui Lionel Schriver em seu *best seller* ("Precisamos Falar sobre Kevin"), *precisamos falar sobre o Ministério Público*. Como Procurador de Justiça que fui por décadas, os processos recebiam, de mim, um minucioso exame — chamava a isso de "espiolhamento processual" — *buscando fazer com que a verdade processual viesse à tona, seja de que lado fosse.* Esse é o ponto: seja de que lado fosse.

O que desejo registrar é que dificilmente um parecer de minha lavra não trazia questões preliminares — grande parte deles, por necessidade do *due process of law*, favoráveis à defesa, *composta de réus pobres e muitas vezes defendidos precariamente nos confins do Direito.* Vejam que, no primeiro grau, nem havia defensor público quando fui promotor. Eram professores estaduais, com formação jurídica, que faziam esse papel dativo. E, como procurador, a Defensoria, nos primeiros anos, ainda engatinhava. Imaginem como chegavam os processos no segundo grau…

Sem querer fazer autobiografia, lembro que, agindo como um magistrado, dificilmente algum processo *escapava ileso do meu espiolhamento processual.* Estatísticas internas de meu gabinete davam conta de que entre 70% e 80% dos processos sofriam alteração no órgão fracionário do tribunal, exatamente na linha sustentada por mim. Das mínimas questões como ilicitude da prova até o esgrimir de novas teses constitucionais, fazendo o que denominei, desde os primórdios da Constituição, de *"superação da baixa constitucionalidade imperante na dogmática penal e processual penal"*.

Para além disso, em termos de inovações, fui o primeiro a aplicar isonomicamente a lei da sonegação de tributos para casos de furto sem prejuízo (já tratei disso em coluna). Fui também o primeiro a aplicar o *favor legis* da lei da sonegação para o estelionato (íntegra aqui). Também fui o primeiro a defender a tese da aplicação da reincidência em sua relação com o princípio da secularização, a partir de Ferrajoli.

Nulidades arguidas a favor da defesa podem ser vistas, entre centenas de processos, como a apelação-crime 70045600350 (ver aqui). Ou aqui. Ou a tese sobre o concurso do roubo aplicado ao furto (ler aqui). Fomos derrotados, depois, no STJ, face a recursos manejados pelo Ministério Público.

Aliás, essa é outra questão sobre a qual deveríamos falar: *se um Procurador sustenta a absolvição de um réu no segundo grau e obtém êxito, pode o MP recorrer dele mesmo?*

Há casos emblemáticos em que antecipei uma discussão que somente foi enfrentada pelo legislador anos depois. Explico. Antes mesmo de ser aprovada a Lei 10.792/03, que tornou obrigatória a presença de advogado no interrogatório, levantei, com o apoio da 5ª Câmara Criminal do TJ-RS, a tese da aplicação constitucional do princípio acusatório pela qual *eram nulos os interrogatórios sem a presença de advogado.* Fiz, no mínimo, mais de 150 pareceres (ver nesse sentido, meu *Verdade e Consenso*, 6ª ed).

De novo, não se trata de autobiografia, mas, sim, de trazer elementos objetivos para demonstrar qual, na

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

minha concepção — e com certeza, de muitos membros do MP e, como se sabe, do ministro Schietti — *deve(ria) ser o papel do Ministério Público*. Isso sem contar as teses hermenêuticas *stricto sensu*, registradas em dezenas de livros e textos que escrevi nestas décadas.

A questão do reconhecimento de pessoas e as exigências formais para a elaboração de laudos era outro ponto da filtragem processual que eu fazia. De mais a mais, quantos processos "salvei" mostrando que o *in dubio pro societate* é(ra) uma falácia? E quantas vítimas consegui resgatar face ao uso de um adágio igualmente falacioso, o famoso *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo)?

3. As seis hipóteses e o cumprimento da Constituição
Não fazia atuação ignorando o papel da lei. Habeas Corpus concedidos de forma inadequada ou irresponsável recebiam a agudeza de minha pena. Saídas temporárias automatizadas, *contra legem*, entravam no meu radar de espiolhamento. *Para qualquer lado, portanto.* Porque a lei não tem lado! Fazia uma cruzada contra o solipsismo judicial. Sou insuspeito nisso, bastando ver os critérios que defendo para que não se deixe de cumprir a lei, havendo apenas seis hipóteses excludentes (ver Dicionário de Hermenêutica, Verdade e Consenso, entre outros).

É claro que cometi equívocos, mormente nas vezes em que fiz uma espécie de ultra constitucionalismo, com o uso da proibição de proteção deficiente. Mas, no fundo, era uma reação a algumas posturas ultraliberais. Mas o equilíbrio foi se forjando nesses anos todos. A dor ensina a gemer.

Eram as demandas de um sistema jurídico por vezes perverso que me obrigavam a criar e a pleitear teses garantidoras como a nulidade pela não aplicação do artigo 212 do CPP. Teses como essas partiram da procuradoria de justiça de segundo grau de minha titularidade (como foi o caso, também, do então procurador Juarez Tavares, por exemplo) — hoje, depois de mais de uma década, parece que finalmente a dicção do artigo vai vingar, segundo se vê no STF.

4. Numa palavra e como retranca: "não se quer, assim, que não se puna"
Invocando outra vez o Ministro Schietti: *não se quer, assim, que não se puna.* Porém, deve haver provas concretas e lesividade em uma conduta. *E deve ser seguido o devido processo legal*. A presunção é de inocência e não de culpa. Lembremos a denúncia de Jacson Zilio. E o caso Cancellier.

Assim, apenas mostrei pequenos detalhes de minha atuação como procurador de justiça tendo como norte aquilo que recitei na minha prova de tribuna, em 1985, no concurso para ingresso no MP, usando as palavras do príncipe do MP, Alfredo Valadão: *"O MP é fiscal da lei, vindas as ilegalidades de onde vierem, inclusive de si próprio"*.

É isso: *vindas as ilegalidades de onde vierem.* Este texto vai em homenagem ao ministro Schietti e aos membros do Ministério Público que escapam desse modelo punitivista do velho promotor público denunciado pelo ministro do STJ. O Ministério Público Democrático (MPD) tem feito manifestações de resistência — o que é louvável. Vai em homenagem ao Jacson Zilio e o Coletivo Transforma MP. Também aos componentes da 5ª Câmara Criminal do TJ-RS (por todos, Amilton Bueno de Carvalho, Aramis Nassif e Luis Gonzaga).

5. O que é independência funcional?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Despiciendo dizer que a presente abordagem não generaliza a atuação de membros — *stricto sensu* — do MP. Falo, sim, da questão maior: institucional.

Explico: há que se saber o que significa "independência funcional". Não de um membro e, sim, da Instituição. Querem ver? *Qual foi (ou é) o papel INSTITUCIONAL do MP na pandemia?* No início tínhamos agentes propondo ações para que municípios adotassem — pasmem — o tratamento precoce e fazendo TAC's sobre isso. E outros agentes propondo ações de improbidade porque os prefeitos adotaram tratamento precoce. Agora vemos "recomendação" do MP-DF (18/1/2022) chamando a vacina para crianças de "vacina experimental" (sic). *Afinal, o que é isto — a independência funcional*? Qual é o MP? O que recomenda vacinar? O que recomenda fazer tratamento experimental? Cada membro pode escolher?

E o CNMP? Bom, o caso Dallagnol é simbólico. Precisamos falar também sobre o CNMP.

Numa palavra final, nada fiz de extraordinário nesses anos de membro do Ministério Público. Porém, lutei o bom combate para que *os ditames constitucionais que regem a Instituição fossem cumpridos*. Como continuo fazendo. *Não é aceitável que o TRF-4 diga, em um julgamento recente, que "não se deve exigir isenção do MP"*. Inaceitável! Quem quer ser processado por um órgão parcial? Não isento?

Esse pequeno testemunho não tem maiores pretensões. Pretende apenas provocar algumas reflexões. Não quis tratar de outros ramos (meio ambiente, MP do Trabalho, por exemplo, em que tais questões não se apresentam). Há avanços institucionais evidentes.

Mas na área criminal *ainda precisamos falar sobre o Ministério Público*. Muito.

---

1 E o que dizer do recurso do MPF de um caso de absolvição de réus que pescaram um dourado de 7 quilos? E o que dizer de um recurso em um caso em que o sujeito tentou suicídio e foi denunciado por porte ilegal de arma? Alguém dirá: e da defesa, não vai falar? Ora, a defesa privada é autoexplicativa e se for defeituosa, ou se anula o processo (e o MP tem o dever de pleitear isso) ou o próprio MP, como fiscal da lei, levanta as questões processuais favoráveis ao réu. E se for defesa feita pela Defensoria, existem as corregedorias.

Date Created
20/01/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.