

20/02/2008

TRIBUNAL PLENO

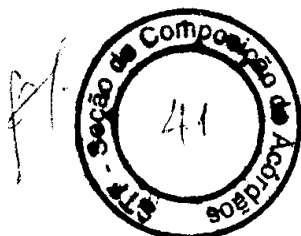
HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACIENTE(S) : **PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI**
PACIENTE(S) : **SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI**
IMPETRANTE(S) : **ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: **AÇÃO PENAL. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade reconhecida. HC concedido. Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, § único, do CPP, e 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região. No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em conceder a ordem em favor do paciente SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI e julgar prejudicado o pedido quanto ao paciente PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI, por decurso do prazo prescricional. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA. Falaram, pelos



HC 87.926 / SP

pacientes, o Dr. ARNALDO MALHEIROS e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA.

Brasília, 20 de fevereiro de 2008.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

21/11/2006

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACIENTE(S) : **PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR**
TOSCHI
PACIENTE(S) : **SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI**
IMPETRANTE(S) : **ARNALDO MALHEIROS FILHO E**
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI e SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, por maioria de votos, lhes denegou a ordem nos autos do **HC nº 41.667**, nos seguintes termos:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DENÚNCIA REJEITADA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL PERANTE O TRIBUNAL. ORDEM ART. 610, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 618, AMBOS DO CPP. ÓRGÃO MINISTERIAL, NA FUNÇÃO PRECÍPUA DE *CUSTUS LEGIS* (*sic*) FALA POR ÚLTIMO. AUSÊNCIA DE OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. PREJUÍZO INDEMONSTRADO.

1. A ordem estabelecida pela lei processual para a sustentação oral em sede de recurso em sentido estrito, diferentemente do que estatui o art. 500 do CPP, deixa o representante do Ministério Público por último. Inteligência dos arts. 610, parágrafo único, e 618, do CPP.

2. De um lado, resta claro o papel de parte do órgão ministerial que recorre, como no caso, buscando o recebimento da denúncia; de outro lado, o representante do *Parquet* que atua em segundo grau e nas instâncias extraordinárias exerce o papel precípua de *actus legis* (*sic*). E, inclusive, não está ele vinculado às razões recursais, podendo tranquilamente, por ocasião do julgamento, opinar em sentido diverso, em favor do réu. É o que



HC 87.926 / SP

acontece também neste Superior Tribunal de Justiça, em que o Regimento Interno dispõe no seu art. 159, § 2º, que, nessa condição de fiscal da lei, o Ministério Público Federal "*fala após o recorrente e o recorrido*".

3. Ainda que assim não fosse, "*ne pas de nullité sans grief*", ou seja, não há nulidade sem prejuízo (art. 563, CPP), que deve ser demonstrado. O simples fato de ter sido dado provimento ao recurso ministerial não implica, necessariamente, ter havido prejuízo à defesa. É evidente que a decisão lhe foi desfavorável, mas o prejuízo a ser demonstrado para a nulificação do ato deve estar ligado aos fundamentos utilizados como razão de decidir, ou quaisquer outras circunstâncias que, sem ter podido reagir a defesa, foram decisivas no resultado.

Seria o caso, por exemplo, de demonstrar o réu que sua defesa ficou prejudicada porque tal ou qual argumento deduzido pela acusação não pôde ser, na oportunidade, contraditado. Se não houve qualquer relevância na ordem de apresentação dos respectivos argumentos, tendo sido todos contrapostos, não há falar em ofensa ao contraditório ou à ampla defesa. Cumpre destacar, nesse ponto, que a impetração se limitou a argüir a nulidade, sem demonstrar efetivo prejuízo. Precedente.

4. Ordem denegada" (fls. 37-58).

Os pacientes estavam sendo processados, perante a 1ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, pela prática do delito previsto no art. 10 da Lei nº 7.492/86, em razão de o Banco Mercantil Finasa S/A – instituição financeira de que são diretores responsáveis, respectivamente, pela área contábil/auditoria e pela carteira de crédito imobiliário – ter, segundo narra a denúncia, promovido a baixa de 987 e, depois, de 797 contratos de financiamento, sem efetivo ingresso dos respectivos recursos na instituição.

O Juízo de 1º grau rejeitou a denúncia por entender que a imputação implicava atribuição de responsabilidade unicamente objetiva.

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, dando início, então, ao processo-crime registrado sob o nº 2001.61.81.005478-9 e ora em trâmite na 6ª

HC 87.926 / SP

Vara Criminal Federal de São Paulo, especializada em Crimes contra Sistema Nacional e Lavagem de Dinheiro.

Alegam os impetrantes que o julgamento do recurso em sentido estrito, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, é absolutamente nulo, eis que, na sessão, o patrono dos pacientes foi instado a proferir sustentação oral antes do Procurador-Geral.

Segundo narra a inicial, *“tratando-se, porém, de recurso da Acusação, o primeiro impetrante levantou questão de ordem, pedindo que o recorrente sustentasse oralmente suas razões antes do procurador dos recorridos”*.

A questão de ordem foi, contudo, rejeitada à unanimidade, sob argumento de que o Ministério Público, em segundo grau, funciona apenas como *custos legis*:

“A Turma, à unanimidade, rejeitou a questão de ordem suscitada pela defesa no sentido de que o Ministério Público Federal se manifestasse previamente à sua sustentação oral, ao argumento de que não se confundem os papéis do Ministério Público ora como recorrente, ora como *‘custos legis’* e, na presente situação, o Procurador Regional da República atua como *‘custos legis’*. No mérito, a Turma, à unanimidade, deu provimento ao recurso para receber a denúncia oferecida em face de Paulo Francisco da Costa Aguiar Toschi e de Sérgio Antônio Bertussi, nos termos do voto do(a) relator(a)”.

Foi, então, impetrado *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que, como visto, denegou a ordem, por maioria de votos.

Contra tal decisão volta-se o presente pedido de *writ*, onde os impetrantes, em síntese, sustentam que o Ministério Público é órgão uno e indivisível, sendo impróprio invocar-se a figura de *custos legis* para justificar a



HC 87.926 / SP

imposição, feita à defesa dos pacientes, de que procedesse à sustentação oral antes do representante do Ministério Público. Alegam, pois, ofensa à garantia constitucional do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, notadamente nos recursos exclusivos da acusação, como ocorre no caso.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 62-66), *verbis*:

“7. Como se vê, não merece prosperar a impetração.

8. Primeiro, a manifestação oral do Ministério Público Federal, feita quando do julgamento do recurso em sentido estrito, não se encontra nos autos, de modo a falar que a sustentação tenha influenciado no julgamento do referido recurso, que recebeu a denúncia. Assim, não há prejuízo, a justificar a anulação do julgamento. Não havendo prejuízo, não há falar em nulidade. Ademais, trata-se de *questiúncula*, **no caso**, de menor importância, que não teve qualquer influência no julgamento.

9. Assim, mesmo corretos os argumentos dos impetrantes, **só para argumentar**, haveria necessidade de existir prejuízo, como mencionado. Prejuízo este decorrente de **novos** argumentos do *parquet*, quando do julgamento, que tenham servido de base para os desembargadores federais decidirem. Isso não ocorreu. Desse modo, não estando aqui transcritos os argumentos apresentados, nem evidenciados que foram **eles**, em 2ª Instância, que deram origem à decisão hostilizada, não há porque anular o julgado – *ne pas de nullité sans grief*.

10. Segundo, não há ofensa ao contraditório, porque não houve qualquer relevância na ordem de apresentação dos respectivos argumentos, como menciona a ilustre Ministra do Superior Tribunal de Justiça (fl. 49). Ainda: ‘cumpre destacar, nesse ponto, que a impetração se limitou a argüir a nulidade, sem demonstrar efetivo prejuízo.’ – *grifos do original* (fl. 49).

11. Por igual, são relevantes os argumentos da r. Ministra Relatora, que, com espeque no art. 618 do C.P.Penal, salienta serem os regimentos internos dos Tribunais complementares à norma processual, quanto aos processos e julgamentos de recursos e apelações. Diz, no ponto, *verbis* (fls. 48):

‘Note-se que a ordem estabelecida pela lei processual para a sustentação oral em sede de recurso em sentido estrito, diferentemente do que estatui o art. 500 do CPP, deixa o representante do Ministério Público por último.

De um lado, resta claro o papel de parte do órgão ministerial que recorre, como no caso, buscando o recebimento da denúncia; de outro lado, o representante do *Parquet* que atua em segundo grau e

HC 87.926 / SP

nas instâncias extraordinárias exerce o papel precípua de *astus legis* (*sic*). É bom lembrar, inclusive, que não está ele circunscrito às razões recursais, podendo tranqüilamente, por ocasião do julgamento, opinar em sentido diverso, em favor do réu. É o que acontece também neste Superior Tribunal de Justiça, em que o Regimento Interno dispõe no art. 159, § 2º, que, nessa condição de fiscal da lei, o Ministério Público Federal *'fala após o recorrente e o recorrido'*. Ao que consta, no mesmo sentido é o Regimento Interno do TRF da 3ª. Região'.

12. Terceiro, como reconhecido pelo Tribunal dito coator, o Ministério Público, em 2ª. Instância atua como fiscal da lei, quando a ação não é de competência originária. E, portanto, como *astus legis* pode ele, inclusive, manifestar-se contra a própria ação, como muitas vezes acontece. Em 2ª. Instância, o membro do *parquet* não é obrigado a manter a pretensão posta pelo seu colega de 1ª. Instância. Por isso, corretas as palavras do Ministro Félix Fischer (fls. 51):

'Se ele não fosse *astus legis*, seria declaradamente inconstitucional a manifestação feita por escrito por órgão que atua em segundo grau ou então aqui também. É que haveria uma intervenção a mais, em frontal quebra do contraditório. Com o *astus legis* não há qualquer irregularidade.

A existência de um parecer no nosso sistema, que inegavelmente é híbrido – dificilmente tem alguma correlação com outros sistemas – temos uma intervenção a mais que só é possível se o Ministério Público for considerado, nesses casos, como sendo fiscal da lei.

Penso que, sendo fiscal da lei, obrigá-lo, a não ser nas hipóteses em que a lei assim o exija, a atuar conforme o recurso seja do Ministério Público ou da defesa, não tem sentido porque, afinal de contas, ele é o fiscal da lei em segundo grau. E é assim também aqui. Só deixa de ser fiscal da lei quando o Ministério Público atua junto aos Tribunais na competência originária.

É, repito, um sistema híbrido, mas se entendermos que não é assim, teremos de pensar que o parecer não pode existir, pois seria uma intervenção a mais, que a defesa não possui'.

13. Quarto, se a Constituição (art. 96, item I, letra *a*, da Constituição) deferir aos Tribunais elaborar as normas de processo e deferir as garantias das partes, não havendo norma processual em sentido contrário no Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, deve prevalecer, como no caso, a norma geral que estabelece que o *astus legis* fala, na sessão, após o(s) advogado(s) das partes.

14. Por estas breves razões, manifesta-se a Procuradoria Geral da República pelo indeferimento do *writ* (fls. 64-66).

HC 87.926 / SP

Concedi liminar (fls. 98-101), determinando a suspensão do processo-crime movido contra os pacientes, até o julgamento final deste pedido.

Iniciado o julgamento em 21 de novembro de 2006, o Min. JOAQUIM BARBOSA pediu vista dos autos.

Retornado o julgamento, em 13 de novembro p.p., a Segunda Turma, acolhendo proposta do Min. JOAQUIM BARBOSA, deliberou submeter o julgamento da presente causa do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Neste ínterim, o juízo da 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Dinheiro informou que foi declarada extinta a punibilidade dos fatos imputados ao paciente PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR, com fundamento nos arts. 107, inc. IV, 109. inc. III e 115 do Código Penal e art. 61 do Código de Processo Penal (fls. 130-136).

A defesa reiterou os termos da impetração, porque a ação penal prossegue em relação ao outro paciente, SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI (fl. 143).

É o relatório.

HC 87.926 / SP**VOIÔ**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. A questão última desta causa está em saber se, em sessão de julgamento de recurso exclusivo da acusação, pode o representante do Ministério Público manifestar-se somente depois da sustentação oral da defesa.

Penso que não.

2. Ainda que invoque a qualidade de *custos legis*, o representante do Ministério Público deve sempre pronunciar-se, na sessão de julgamento de recurso, antes da sustentação oral da defesa.

As partes têm direito à estrita observância do procedimento tipificado na lei, como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República).

O exercício do contraditório deve, assim, permear todo o processo, garantindo sempre, como ônus, a possibilidade de manifestações oportunas e eficazes da defesa, desde a de arrazoar e contra-arrazoar recursos, até a de se fazer ouvir no próprio julgamento destes.

Em recurso em sentido estrito, interposto contra decisão de rejeição da denúncia, o denunciado, que, como é óbvio, ainda não foi citado, deve ter assegurado o exercício do ônus de se manifestar nos autos, pois seu interesse primordial reside em não ser réu, ou seja, em não lhe ser instaurada



HC 87.926 / SP

ação penal. Foi tal entendimento que levou esta Casa a editar a **súmula 707**, a qual enuncia que *“constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”*.

Estou em que fere, igualmente, as garantias da defesa todo expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar da palavra por último, em sustentação oral, sobretudo nos casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação. Invocar, para negá-lo, a qualidade de *custos legis* do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artifícios linguísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes.

Em excelente estudo sobre o tema, o ex-Procurador-Geral do Distrito Federal, **ROGÉRIO SCHIETTI**, anota:

“É, pois, superficial e simplista a distinção entre Ministério Público agente (parte) e Ministério Público consultente (fiscal), eis que, na ação penal condenatória, por mais que uma dessas funções se esconda por trás da roupagem verbal ou escrita da manifestação do membro do *Parquet*, estará ela presente”.¹

De fato, na ação penal de iniciativa pública, condicionada ou não, o Ministério Público é parte, se não em sentido material – porque o poder-

¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 94-95.



HC 87.926 / SP

dever de acusar e punir não é dele, mas do Estado² –, é-o, ao menos formalmente, parte acusadora:

“O Ministério Público atua no pólo ativo de toda ação penal por ele iniciada, formulando a acusação, recolhendo provas e promovendo a ação penal rumo à obtenção de uma decisão judicial. Logo, não é de negar-se-lhe a qualidade de ‘parte’ na relação processual penal. [...] O Ministério Público, por conseguinte, é uma parte diferenciada, *sui generis*, e em virtude dessa peculiaridade em seu modo de agir diz-se que o Ministério Público é ‘parte formal’, ‘parte instrumental’, ou mesmo, paradoxalmente, ‘parte imparcial’”.³

Desse modo, entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso – que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo –, se dispa dessa função para entrar a agir como simples fiscal da lei.

Órgão uno e indivisível, na dicção do art. 127, § 1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão-só como *custos legis* no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal. O conteúdo da opinião legal, de fundo, exposto no parecer ou na sustentação oral, é de pouco relevo neste tema. Ou seja, ainda que, no mérito, o Ministério Público postule a

² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 146-159; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução do ministério público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 259.

³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias...*, op. cit., p. 80-81.

HC 87.926 / SP

absolvição do acusado, continua sempre órgão incumbido da acusação e não deixa de agir ou de poder agir como parte que é. Conclusão diversa levaria à concepção de processo de parte única parte, o acusado, o que parece absurdo diante de um sistema garantista, acusatório, agônico, marcado pela garantia de contraditoriedade.⁴

Permitir, pois, que o representante do Ministério Público promova sustentação oral depois da defesa, ainda mais no caso de ser ele o recorrente, comprometeria o pleno exercício do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder, querendo, **reagir** à opinião do *Parquet*. Afinal, na lição velha e clássica de **JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA**, contraditório é a “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”,⁵ ou seja, ordem que implica possibilidade estrutural de realizar ações linguísticas ou reais de contradição, a título de reação regada a ações da outra parte.

Visando, pois, a dar-lhe plena eficácia, pugna a doutrina pelo reconhecimento e garantia do direito ou poder de o acusado falar por último, notadamente nas sessões de julgamento de recursos interpostos apenas pela acusação:

“Podendo ser a manifestação do Ministério Público, como *parte* ou *fiscal da lei*, ‘*carga contra o réu*’, já que em tese pode se colocar ao lado do colega acusador de primeira instância, é evidente, por força do contraditório, da garantia do devido processo legal e do princípio da ampla

⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias...*, op. cit., p. 89.

⁵ *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82. Grifei.



HC 87.926 / SP

defesa, que não pode ser a última. [...] A inversão processual consagrada pela intelecção que prestigia a manifestação do Procurador (de Justiça ou da República) por último, ocasiona um sério prejuízo ao recorrido, que não pode se manifestar repelindo os argumentos eventualmente incriminadores ou mesmo para ampliar e melhor trabalhar os que lhe forem favoráveis. Nessa ordem de idéias, torna-se irrefutável a conclusão de que, sob pena de nulidade, o representante do Ministério Público em segunda instância não pode se manifestar por último quando o órgão recorrente for seu colega de primeira instância”.⁶

“O acusado, independentemente da sua posição contingencial (recorrente ou recorrido) durante o processamento do recurso, deve ter sempre assegurada a palavra por último, ou, ao menos, após a intervenção oral do acusador, enquanto exteriorização concreta do princípio do *favor defensionis*. Isso porque, considerando-se a ação penal em sua inteireza, e não apenas em suas fases procedimentais estanques, o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão de acusação, já que, sendo uma a relação processual penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito à liberdade do acusado permanece íntegro no segundo grau de jurisdição. [...] Ainda que, portanto, o acusado venha a ser o autor do recurso, continuará sendo ele o réu da ação penal, com todo o interesse em perseverar na tentativa de expor suas razões fático-jurídicas e de mostrar ao tribunal *ad quem* o desacerto da tese acusatória e da sentença que lhe foi desfavorável”.⁷

Comungo da idéia de que, no julgamento de recursos exclusivos da acusação, o princípio do contraditório assegura o uso da palavra ao acusado, por intermédio do defensor, sempre depois da intervenção oral do Ministério Público que officie no tribunal:

“Mesmo que, *gratia arguendi*, se adote o entendimento de que o Ministério Público não exerce qualquer função acusatória no juízo de segundo grau [...] ou mesmo quando se trate de ação penal privada (onde o

⁶ TORON, Alberto Zacharias. O contraditório nos tribunais e o Ministério Público. In: *Estudos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-100.

⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias...*, op. e loc. cit..



HC 87.926 / SP

Parquet é, aí sim, apenas fiscal da lei), o tribunal deverá conceder a palavra à defesa após a sustentação oral do *Parquet*".⁸

O direito de a defesa falar por último decorre, aliás, do próprio sistema normativo como se vê, sem esforço, a diversos preceitos do Código de Processo Penal. As testemunhas da acusação são ouvidas antes das arroladas pela defesa (art. 396, *caput*). É conferida vista dos autos ao Ministério Público e, só depois, à defesa, para requerer diligências complementares (art. 499), bem como para apresentação de alegações finais (art. 500, incs. I e III). A defesa manifesta-se depois do Ministério Público ainda quando funcione este apenas como *custos legis*, o que ocorre nas ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, de iniciativa privada: determina o art. 500, § 2º, que o Ministério Público, nesses casos, tenha vista dos autos depois do querelante – e, portanto, antes do querelado. O próprio RISTF, no art. 132, § 5º, tem previsão análoga à do art. 500, § 2º, do CPP. Neste ponto, aliás, andou bem o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prever, no art. 470, inc. VI, que, nas ações penais onde houver recurso do Ministério Público, falará em primeiro lugar o seu representante em segunda instância.

Daí, a inadmissibilidade de interpretação estrita ou dita literal do art. 610, § único, do Código de Processo Penal, no sentido de que o Ministério Público poderia, na sessão de julgamento relativo a recurso, fazer sustentação

⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias...*, op. cit, p. 192-193.



HC 87.926 / SP

oral após a defesa, ainda quando se trate de recurso interposto pela própria acusação.

Na verdade, leitura atenta do art. 610, § único, não induz sequer à conclusão de que, nele, teria o Código estabelecido alguma ordem invariável de manifestação, pois é regra que contém mera referência à necessidade de o Ministério Público manifestar-se, donde a pressuposição, esta, sim, de toda a lógica e coerência com os princípios, de que deva fazê-lo, quando menos, segundo a ordem decorrente da sua posição processual perante o recurso, senão oriunda da sua contraposição teórica à condição do réu.

De igual modo merece releitura constitucional o disposto no § 2º do art. 143 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que dispõe que o Ministério Público Federal fará uso da palavra após o recorrente (que, no casos dos autos, é ele próprio, por meio do órgão de primeiro grau) e o recorrido.

3. Ademais, é claro, aqui, o prejuízo da inversão na ordem das sustentações orais:

“O parecer (ou qualquer nome que se dê à manifestação escrita ou oral do *Parquet*), mesmo despido de roupagem acusatória, pode, como já ressaltado linhas atrás, ser determinante do resultado desfavorável do julgamento em relação ao acusado, o que legitima este, por conseguinte, a merecer a oportunidade de exercitar o contraditório”.⁹

⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias...*, op. cit., p. 193.



HC 87.926 / SP

O fato de ter sido dado provimento ao recurso do Ministério Público indica, desde logo e com clareza, gravame suficiente ao reconhecimento da nulidade, embora não se negue que defesa eficiente – aquela que, em tese, garantiria resultado absolutório ou, de outra forma, favorável ao acusado – não se confunde com defesa efetiva, esta, sim, exigível à vista da garantia constitucional.

Quando, porém, se impõe ao réu que promova sustentação oral antes da intervenção do representante do Ministério Público, sobretudo no caso de ser este o recorrente, cria-se manifesta restrição à defesa, com afronta ao art. 5º, LV, da Constituição da República, o que conduz à nulidade do julgamento. A defesa aí já não é plena, como deve sê-lo, e, por sustentar a invalidez, prejuízo virtual bastaria, porque é, a rigor, impossível sua demonstração em ato, como tem a Corte reconhecido:

“1. Defesa: Defensoria Pública: ausência de intimação pessoal da pauta de julgamento do recurso em sentido estrito: nulidade absoluta: precedentes. 2. Sustentação oral frustrada pela ausência de intimação da pauta de julgamento: demonstração de prejuízo: prova impossível (v.g., HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926). Frustrado o direito da parte à sustentação oral, nulo o julgamento, não cabendo reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada aquela oportunidade legal de defesa, outra teria sido a decisão do recurso” (**RHC nº 85.443**, rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ de 13.05.2005. No mesmo sentido, cf. **HC nº 83.835**, rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJ de 26.08.2005).

Senhora Presidente, quero fazer, aqui, um adendo a meu voto escrito, para insistir nesse ponto, que merece consideração particular.



HC 87.926 / SP

Alegou-se - e, em casos análogos, se alega sempre - não ter sido demonstrado o prejuízo da defesa. Mas o dano, esse resulta do teor mesmo do julgamento contrário ao réu e, como tal, é certo e indubitado. Tenho relevado este fato intransponível. O prejuízo da defesa, em casos semelhantes, é sempre certo. Presumida é apenas a relação jurídico-causal entre o vício do processo e o teor gravoso do julgamento. E tal relação não pode deixar de presumir-se ante a impossibilidade absoluta de se atribuir o resultado injurioso ao réu a causa jurídica independente.

Só se poderia, deveras, afastar, quando menos, esse nexo entre o defeito processual e a certeza do prejuízo da defesa, se o resultado concreto do julgamento, caso em que qualquer recurso seria absolutamente anódino e infrutífero, lhe tivesse sido favorável. Todas as vezes em que, sob arguição de vício processual na sessão de julgamento ou na decisão, a defesa saia de algum modo prejudicada, não é lícito opor argumentação baseada na hipótese de que, fosse outro o procedimento adotado, segundo a lei, o resultado teria sido o mesmo. É simplesmente impossível saber como se comportariam os julgadores, ou o prolator da decisão, se houvera sido observada a ordem legal do processo garantido pela Constituição!

Noutras palavras, não há como nem por onde argumentar com o fato de que a defesa não seria capaz de demonstrar outro prejuízo, senão com resultado danoso do caso concreto, porque não se pode predizer, ou melhor, não se pode adivinhar que, se tivesse sido outra a ordem observada, o resultado do julgamento teria sido o mesmo.



HC 87.926 / SP

Por isso, esta Corte, não poucas vezes, aludiu à impossibilidade de o réu provar prejuízo, que eu nem diria mais concreto, porque não há nada mais concreto que ato de todo em todo contrário aos interesses da defesa, como é o juízo condenatório.

A mim me parece, dessarte, que tal objeção, aliás acolhida no acórdão ora impugnado, não tem, com o devido respeito, consistência alguma, porque parte de lucubração, qual seja, a de que, eventualmente, o mesmo resultado seria obtido, se a defesa, no caso, por exemplo, se tivesse manifestado depois do representante do Ministério Público. Não sabemos se o seria. Podemos até imaginar que, se se repetir o julgamento, o resultado da causa será o mesmo. Mas isso fora puro exercício de imaginação, que nada tem a ver com a necessidade de resguardar a ordem do justo processo da lei (*due process of law*), garantido como direito fundamental pela Constituição da República. Até porque, doutro modo, se introduz este princípio incommentável: a ordem legal do processo pode ser sempre violada, desde que o resultado seja esse ou aquele! Isto é, outorga-se ao arbítrio do julgador, ao arbítrio de quem deve controlar a legalidade e a justiça do processo, o poder de decidir se deve, ou não, observar a Constituição da República, *secundum eventum litis*!

A ordem estrita de ações na particular estrutura dialética do processo penal – primeiro acusação, depois defesa – é imperativa e independe do teor do parecer do órgão acusatório, que também vela pela correta aplicação da lei.

HC 87.926 / SP

Nesse sentido, é lapidar acórdão de lavra do Min. **XAVIER DE ALBUQUERQUE**, e cuja ementa reza:

“Julgamento de apelações criminais. Inversão na ordem das sustentações orais, das quais a da acusação sucedeu à da defesa. Inobservância dos princípios constitucionais de ampla defesa e contrariedade no processo penal. Nulidade reconhecida. Recurso extraordinário conhecido e provido” (**RE nº 91.661**, rel. Min. **XAVIER DE ALBUQUERQUE**, DJ de 14.12.1979).

No voto do Relator, lê-se:

“Penso que a prerrogativa de falar por último constitui, para a defesa, manifestação natural da amplitude com que a Constituição a garante, do mesmo passo que traduz aplicação do princípio, também constitucional, da contrariedade no processo criminal”.

E abro mais um parêntese, para notar que, se, por especulação, entendermos que eventual repetição do julgamento terá ou teria, no caso, por consequência o mesmo resultado, em razão dos dados constantes dos autos - que não examino, nem me parece estaria autorizado a fazê-lo aqui -, então é razão a mais por que se repita, agora de acordo com a Constituição!

4. Diante do exposto, nos termos do art. 659 do Código de Processo Penal, julgo prejudicado o pedido em relação ao paciente **PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI**, pela extinção da punibilidade dos fatos a ele imputados, em razão da prescrição (fls. 130-136).

E **concedo a ordem** em favor de **SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI**, para anular o julgamento do **Recurso em Sentido Estrito nº**

HC 87.926 / SP

2001.61.81.005478-9, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, procedendo-se a novo julgamento, observado o direito de a defesa do paciente, se pretenda proceder à sustentação oral, somente fazê-lo depois do representante do Ministério Público.



Ministro CEZAR PELUSO
Relator

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 87.926-8

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI

PACTE.(S): SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI

IMPTE.(S): ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Depois do voto do Ministro-Relator **deferindo** o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi **suspenso** em virtude de pedido de **vista** formulado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa. **Falou**, pelos pacientes, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 21.11.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

13/11/2007

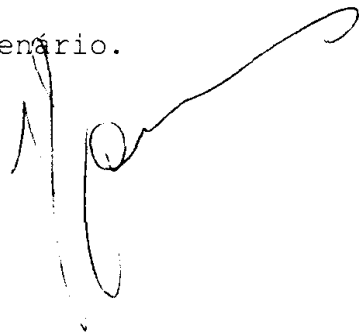
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, a controvérsia retratada nestes autos se resume ao seguinte: a questão desta causa está em saber se, em sessão de julgamento de recurso exclusivo da acusação, pode o representante do Ministério Público manifestar-se somente depois da sustentação oral da defesa.

Eu, hoje, refletindo - antes de vir para este julgamento - sobre eventuais consequências da decisão que podem decorrer, pensei, talvez, em sugerir ao eminente Relator e aos Colegas a submissão do presente caso ao Plenário.



SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 87.926-8**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI

PACTE.(S): SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI

IMPTE.(S): ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Depois do voto do Ministro-Relator **deferindo** o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi **suspenso** em virtude de pedido de **vista** formulado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa. **Falou**, pelos pacientes, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 21.11.2006.

Decisão: A Turma, por votação unânime, **acolhendo** proposta do Ministro Joaquim Barbosa, deliberou **submeter** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da presente causa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 13.11.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

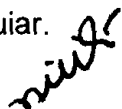
20/02/2008**TRIBUNAL PLENO****HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO****VOTO****O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhora Presidente, estamos, como destacado pela sustentação oral e pelo Relator, diante de um recurso estrito, em sentido estrito, manifestado pelo Ministério Público. E a sustentação do Tribunal de origem é baseada no artigo 610, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Todavia, ao meu sentir, a interpretação que lhe é dada não pode ser outra que não aquela acolhida pelo sistema penal brasileiro, que é a de a acusação falar antes da defesa.

Nesse caso, em se tratando de recurso em sentido estrito, a intervenção do Ministério Público não pode ser distinta entre o seu papel acusador e o seu papel de simplesmente **custos legis**, porque, na realidade, ele fala como peça integrante do processo penal e, mais do que isso, como sustentador, em tese, do recurso que foi apresentado pelo próprio Ministério Público.

No meu entender, portanto, a interpretação consentânea com o sistema jurídico penal brasileiro, de acordo com o sistema constitucional, é a de que a acusação fala sempre antes da defesa.

Nesse sentido, acompanho também o voto do Relator, reconhecendo a prescrição como feita no que se refere ao paciente Paulo Francisco da Costa Aguiar.



Supremo Tribunal Federal

20/02/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, também louvo o brilhante voto do Ministro-Relator.

Ministro Cezar Peluso, o que me chamou a atenção, neste caso, é que não há a possibilidade de contradita da defesa, sendo exatamente o que a Constituição assegura. O contraditório é isso: poder contraditar o que lhe é imputado. Se ela fala depois, não há como contraditá-la e, por isso, está esvaziado e afrontado o contraditório.

Quanto ao prejuízo - Vossa Excelência o realçou também neste voto-, o Ministro Xavier de Albuquerque - sob outro sistema, evidentemente - afirma que é presumido. Diz textualmente: para mim, ao contrário, tal prejuízo deve presumir-se.

Tenho para mim que essa presunção, neste estado constitucional democrático fundado na Constituição de 88, teria dois momentos que poderíamos apurar como juízes. O primeiro é o da insegurança jurídica, uma vez que a pauta constitucional fixada pelo devido processo legal não foi observada. Então, realmente, há uma presunção constitucional de segurança pela observância do que é fixado na ordem processual, aqui rompida.

O segundo prejuízo é pela ausência da possibilidade de se defender daquilo que seja eventualmente alertado.

Portanto, na ordem exatamente do que foi posto no brilhante voto do Ministro Cezar Peluso, acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Ministra, quando se fala em prejuízo presumido, na verdade usa-se uma figura de retórica, porque o prejuízo é certo. O que é presumida é só a ligação lógico-jurídica causal entre o vício e o resultado. Isso não pode ser afastado. Mas o

Supremo Tribunal Federal

HC 87.926 / SP

Mas o prejuízo é certíssimo, na medida em que o resultado foi absolutamente contrário ao interesse do acusado, o de ver a denúncia rejeitada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É certo. Tanto que há inconstitucionalidade no comportamento.

Eu o citei, aqui, porque usa a expressão. Naquele caso do HC 91.610, havia alegação de que não se poderia presumir o que teria sido presumido. É um pouco do que se contém no próprio parecer do Ministério Público, no caso em que Vossa Excelência é Relator.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Do ponto de vista lógico, o único raciocínio possível seria a acusação provar que, adivinhando o que a defesa sustentaria nesse caso, e ainda que o fizesse e só pudesse fazer isso, o resultado seria o mesmo!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente. Acompanho integralmente o Relator.

20/02/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 87.926

VOTO

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, inicialmente também louvo o brilhante voto do eminente Relator o qual acompanho integralmente. Entendo que é um marco importante para a consolidação do Estado democrático de Direito que vivemos.

Acompanho Sua Excelência por três motivos fundamentalmente. Em primeiro lugar, como foi dito da tribuna, não é possível cindir o Ministério Público, que é uno, como nós sabemos, sobretudo em se tratando de recursos interpostos pelo *parquet*. Não é possível, nos recursos, dividir o *parquet* em dois. De um lado, considerá-lo como **dominus litis**, e, de outro, como **custos legis**.

Em segundo lugar, verifico que o princípio do contraditório é absolutamente fundamental. E sem o contraditório não há que falar-se em devido processo legal, principalmente no que toca o seu aspecto substantivo, que é matizado exatamente pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em terceiro lugar, eu diria que estava propenso a afirmar que o prejuízo é presumido ou implícito porque não pode ser

HC 87.926 / SP

comprovado. Mas, com a intervenção final do eminente Relator, prefiro assentar, com todas as letras, que, na verdade, o prejuízo é efetivo, porque a intervenção da defesa **a posteriori**, ou seja, a intervenção da defesa em primeiro lugar e depois rebatendo o Ministério Público, claro que fica configurado aí o prejuízo.

Portanto, por essas razões, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

Obs.: Texto sem revisão (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

20/02/2008**TRIBUNAL PLENO****HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, já foi dito mais do que o essencial.

Eu tentava lembrar-me de um precedente. Tenho a nítida impressão de que já o discutimos. Eu teria participado de um debate que girava em torno exatamente dessa questão. Mas não consegui localizá-lo.

De qualquer modo, há uma lembrança a esse RE 91.661. Mencionaria, também, o fato de que contraditório supõe um ponto de partida, um ponto de referência. Seria verdadeiramente impossível alguém se defender de uma acusação desconhecida.

De modo que, para mim, aqui, não se trata nem mesmo de aplicar alguma regra de direito, mas a própria lógica.

Acompanho, sem mais ensanchas, o voto do eminente Ministro Cezar Peluso.

20/02/2008

TRIBUNAL PLENO


HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULOVOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, eu também acompanho o eminente Relator, que tão bem se houve na confecção do seu voto. Mas me permito lembrar que essa dicotomia do Ministério Público enquanto parte processual e **custos legis** decorre da Constituição diretamente, seja no plano das finalidades do Ministério Público, seja no plano do desempenho de suas funções institucionais.

A Constituição prevê no art.127:

*"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado" - aí vêm as três finalidades do Ministério Público -, "incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica..." - e aqui é evidente que o papel do Ministério Público é de **custos legis**.*

Eu até diria, hoje em dia, que **custos legis** é uma expressão ultrapassada: defesa da lei, defesa da legalidade. O Ministério Público defende toda a ordem jurídica, não só a lei; por exemplo, vela pela impessoalidade, pelo princípio da publicidade, pelo princípio da moralidade, pelo princípio de eficiência, não só



HC 87.926 / SP

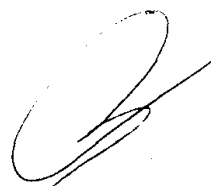
pelo princípio da legalidade. Então, melhor seria chamar o Ministério Público de **custas iuris** ou **juris**. Ele é um defensor, custodiador de toda a ordem jurídica. Está assim na Constituição, "incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica" - em seguida -, "do regime democrático" - e, por último - "e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

E, aqui, o Ministério Público, nessa última parte, atua como parte processual. Ainda que se chame de parte processual instrumental, parte processual formal, parte processual imparcial, ainda que se diga assim, mas o fato é que o Ministério Público, à luz desse art.127, atua binariamente ou dualmente, uma vez que tanto opera como custodiador do Direito em geral como autor dessa ou daquela ação.

No plano da lista ou da nominata das funções institucionais do Ministério Público, a Constituição faz de novo a dicotomia, indica essa dualidade básica; por exemplo, são funções institucionais do Ministério Público, art. 129, inciso I:

"Art.129.....
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"

Ação penal pública incondicionada, na forma da lei;
Ministério Público enquanto autor, **dominus litis**, parte processual.
Mas vem outras:



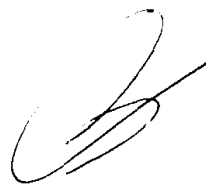
"II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;..."

Parece-me um papel nitidamente de **custos iuris**, assim como outras funções institucionais, como, por exemplo, a de exercer o controle externo da atividade policial. É uma nítida atuação de **custos iuris** do Ministério Público essa a de exercer o controle externo da atividade policial.

O inciso IX do art. 129 da Constituição Federal prevê:

"IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

Ou seja, aquelas três finalidades, a sinalizar, também, para mim, que o Ministério Público atuará no plano de custodiador de toda a ordem jurídica. Certo que o Ministério Público, mesmo atuando como parte processual, é parte **sui generis**. **Sui generis** até no nome dos seus cargos. Nos Estados, o Ministério Público se estrutura em dois cargos básicos: promotores de Justiça e procuradores de Justiça. Ou seja, essa parte processual imparcial, aparentemente contraditória, decorreria desse compromisso do Ministério Público com a Justiça, a Justiça lhe emprestando o nome, procurador-geral de Justiça, promotor de Justiça. Daí porque foi bem lembrado da tribuna - Dr. Malheiros lembrou bem -, o Ministério Público pode pedir absolvição do réu, a desclassificação do crime,



pode indicar atenuantes, impetrar **habeas corpus**. Aliás, o Ministério Público quando atua penalmente o faz em nome da sociedade. É curioso. Nunca se diz o Estado mediante o Ministério Público. A sociedade, ou então a Justiça pública vem denunciar fulano de tal, é interessante como o Ministério Público tem esse vínculo operacional orgânico, visceral com a imparcialidade. Ele não pode, jamais, ser confundido com um raivoso órgão de acusação. O Ministério Público não tem compromisso com essa acrítica ou raivosa acusação.

Agora, em matéria penal, o Ministério Público não pode atuar binariamente como acusador e como **custas iuris**; os papéis não podem ser confundidos, porque as zonas de uma e de outra atuação são por demais tênues, imprecisas, vagas, e, portanto, perigosas.

Não se sabe quando o Ministério Público atua como órgão de acusação e como órgão custeador de todo o ordenamento jurídico. A ponderação jurídica, que se há de fazer aqui, a hermenêutica da ponderação só pode ser resolvida em favor da liberdade. Liberdade individual, servida pelo devido processo legal. O devido processo legal de que fala o eminente Ministro Cezar Peluso, a serviço, especificamente desse valor fundamental, desse protoprincípio da liberdade individual. E essa ponderação hermenêutica em prol da liberdade, no fundo - disse bem o Ministro Eros Grau -, resgata a lógica elementar das coisas. A defesa tem de falar por último, senão não é defesa. A defesa pressupõe um ataque.



Quem ataca tem precedência lógica na ordem dos acontecimentos, na ordem da conduta. Só se fala de defesa em função do ataque; só se fala de reação em função de ação; só se fala de contrabater em função de uma agressão; alguém bate e alguém vai contrabater, vai reagir. Então, é elementar, em processo penal, que o órgão de acusação fale primeiro e os advogados de defesa falem por último.

O Ministro Eros Grau resgatou, para mim, essa ordem elementar das coisas. Na Literatura aprendemos muito, como também na Filosofia, a fazer as lições de casa a partir da lógica elementar das coisas, a partir do significado das palavras.

Não só acompanho o voto do eminente Relator como louvo o seu primoroso voto. Disse bem o Ministro Marco Aurélio, que sinaliza, aqui, um marco na vida desta nossa Casa de fazer destino.

XXXXX



HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO**V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator.

Tenho me perguntado sobre qual deve ser o etos da atuação de uma Corte como o Supremo Tribunal Federal em um país como o nosso. A pergunta não é certamente muito simples e deverá ser respondida de forma parcial. Parece-me inequívoco que, entre esses desideratos, a razão de ser desta Corte há de estar certamente na proteção dos direitos e garantias individuais e não apenas no seu aspecto formal.

A Constituição de 1988, como já destacado, ampliou significativamente o direito de defesa, o direito do contraditório em várias passagens do texto constitucional, a partir do art. 5º, incisos LIV e LV; falamos aqui até numa concorrência de direitos fundamentais. E, na verdade, é o texto constitucional que mais deu atenção a esses direitos e garantias de caráter processual. Metade, praticamente, do elenco dos direitos e garantias fundamentais constantes do art. 5º diz respeito exatamente a esses direitos de caráter processual, ou processual penal, ou garantias básicas do processo penal.

Há muito vem a doutrina - tenho destacado - enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - esse já era o pensamento de Pontes - é uma pretensão à tutela jurídica. Observe-se que não se cuida, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus comentários à Constituição de 1891, asseverava:

"Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira -- Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323).

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à

parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte -Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (***Recht auf Berücksichtigung***), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (***Beachtungspflicht***), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (***Kenntnisnahmepflicht***), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (***Erwägungspflicht***) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97)."

Quando essa questão se coloca aqui - e isso já o demonstrou cabalmente o eminente Relator e os votos que o seguiram-, nós temos exatamente a manifestação do direito ao contraditório e a ampla defesa nessa última versão, direito de ver os seus argumentos considerados de forma adequada, na ordem adequada, tendo em vista, inclusive, a igualdade de armas que supõem o contraditório e a ampla defesa.

Com essas brevíssimas considerações, acompanho e louvo o magnífico voto do eminente Relator.

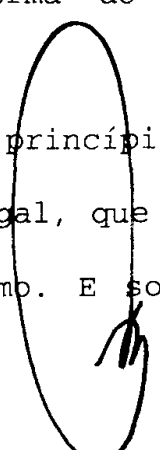
Obs.: Texto sem revisão (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

20/02/2008**TRIBUNAL PLENO****HABEAS CORPUS 87.926-8 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, em processo penal, é norma básica, sob o ângulo da fala, o pronunciamento da defesa após o da acusação. A razão de ser, não bastasse a sabedoria popular quanto ao riso, mostra-se única: a possibilidade de a defesa refutar o que veiculado pelo Estado acusador.

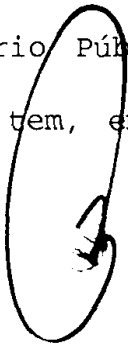
O que houve na espécie? O julgamento de um recurso interposto pelo Ministério Público. E, então - a partir de dualidade que, a meu ver, não pode prevalecer, considerados os valores envolvidos, ante a regra básica a que me referi, ou seja, a atuação do Ministério Público, do órgão do Ministério Público, do integrante do Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei -, chegou-se à conclusão, na assentada, de que aquele que já teria inclusive uma posição mais favorável, porque sentado à direita da Presidente ou do Presidente da sessão, poderia falar por último. E viria a falar, até mesmo presente a indivisibilidade do Ministério Público, não em prol das contra-razões ao recurso interposto, mas a favor da prevalência das razões veiculadas nesse recurso, visando à reforma do que decidido na origem no que fora favorável à acusação.

A meu ver, houve inversão contrária a princípio - repito - básico do processo penal, do devido processo legal, que é o princípio segundo o qual a defesa deve falar por último. E sob o



ângulo do prejuízo sofrido, nada melhor para demonstrá-lo do que o provimento do próprio recurso, reformando-se o que decidido pelo Juízo no que favorável ao acusado.

Acompanho o relator no voto prolatado, concedendo a ordem para, a partir do desfazimento do acórdão proferido pela Corte de origem, vir a ocorrer novo julgamento do recurso em sentido estrito, ouvindo-se, em primeiro lugar, o Ministério Público, sem potencializar a feição que ele tem, e normalmente tem, em prol da sociedade, de fiscal da lei.



*Supremo Tribunal Federal***PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 87.926-8**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): PAULO FRANCISCO DA COSTA AGUIAR TOSCHI

PACTE.(S): SÉRGIO ANTÔNIO BERTUSSI

IMPTE.(S): ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

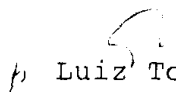
Decisão: Depois do voto do Ministro-Relator **deferindo** o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi **suspenso** em virtude de pedido de **vista** formulado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa. **Falou**, pelos pacientes, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 21.11.2006.

Decisão: A Turma, por votação unânime, **acolhendo** proposta do Ministro Joaquim Barbosa, deliberou **submeter** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da presente causa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 13.11.2007.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, concedeu a ordem em favor do paciente Sérgio Antônio Bertusssi e julgou prejudicado o pedido quanto ao paciente Paulo Francisco da Costa Aguiar Toschi, por decurso do prazo prescricional. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelos pacientes, o Dr. Arnaldo Malheiros e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 20.02.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


p/ Luiz Tomimatsu
Secretário