

TESE 11

Proponente:

Área: Criminal

Súmula: Abertura de vista dos autos, em Segunda Instância, para a Defensoria Pública após a apresentação do parecer pelo Ministério Público – paridade de armas – homenagem ao contraditório e à ampla defesa – inobservância – nulidade do julgamento.

II Encontro Estadual - 2008

FUNDAMENTOS:

Os processos criminais em segunda instância são submetidos à análise da Douta Procuradoria de Justiça para a elaboração de parecer.

Afirma-se, de forma amplamente majoritária na doutrina e na jurisprudência, que referida atuação se dá na condição de *custos legis* e, portanto, o julgamento do recurso sem a possibilidade da Defesa manifestar-se após o parecer ministerial, não viola o contraditório e a ampla defesa. Assim, em sede recursal, o Ministério Público posiciona-se por último.

Contudo, referida posição precisa ser revista.

A atuação enquanto *custos legis* não retira a necessidade da observância do contraditório, até porque, o Ministério Público não deixa de ser *custos legis* em primeira instância, onde, sem dúvida alguma, a garantia deve ser observada.

E mais, **nas sustentações orais da defesa em sessão de julgamento no tribunal**, abre-se a palavra ao *custos legis* após a Defesa, numa nítida observância ao contraditório que, para a Defesa, não existe.

De mais a mais, o que se experimenta atualmente, salvo raras exceções, é que o parecer da Douta Procuradoria de Justiça, além de reiterar os argumentos da acusação, vem a reforçá-los, enriquecendo-os e inovando-os. E mais, por vezes, o acórdão se vale dos fundamentos constantes no parecer como razão de decidir, sem que fosse dada a possibilidade à Defesa de enfrentá-los.

Em nossa ótica, não resta a menor dúvida de que o procedimento atual viola frontalmente o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Assim, proponho aos nobres colegas que, em sede de preliminar de qualquer recurso e/ou HC, seja requerida a abertura de vista dos autos para a Defensoria Pública após a juntada do parecer ministerial.

DOCTRINA:

"Feitas essas colocações, é de ver que o Ministério Público tem atuação em diversas instâncias. No órgão de primeiro grau, via de regra como parte. No segundo grau de

*jurisdição pode atuar tanto como parte como fiscal da lei, especialmente quando exara parecer nos processos, em grau de recurso. Conforme **Rômulo de Andrade Moreira**, o parecer do 'Ministério Público, por intermédio do Procurador de Justiça' é de duvidosa constitucionalidade, pois, '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', razão pela qual '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)'."*

NESTOR TÁVORA e ROSMAR A.R.C. DE ALENCAR - CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL – 2ª edição, Jus Podivm, p. 421.

JULGADOS:

Tomamos conhecimento do acórdão referente à apelação de nº. 963980.3/5, julgada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acompanhada de brilhante parecer do Ministério Público.

O Promotor de Justiça, **Dr. Alberto Camiña Moreira**, designado para a apresentação do parecer, de **forma exemplar fez constar:**

*"1. Ofício por determinação da Administração Superior do Ministério Público, em ato questionado perante o Conselho Nacional do Ministério Público, e por ele mantido, ao menos até esta data; atuo contra a minha vontade. Não é função do subscritor manifestar-se perante os Tribunais. 2. Até por isso, fica argüida a ilegitimidade da atuação da Procuradoria de Justiça nesta fase processual. Ofende o princípio da dignidade da pessoa humana o Ministério Público atuar, no processo penal, em posição de vantagem quantitativa em relação ao acusado. Há um desequilíbrio; fere a paridade de armas, fere a amplitude de defesa. No julgamento do **HC 87926**, em julgamento ainda não concluído, eis a notícia do voto do Ministro Cezar Peluso:*

'O Min. Cezar Peluso, relator, deferiu o writ para anular o julgamento do recurso em sentido estrito e determinar que outro se realize, observado o direito de a defesa do paciente, se pretender realizar a sustentação oral, somente fazê-lo depois do representante do Ministério Público. Entendeu que, mesmo invocada a qualidade de custos legis, o membro do Ministério Público deve manifestar-se, na sessão de julgamento, antes da sustentação oral da defesa, haja vista que as partes têm direito à observância do procedimento tipificado na lei, como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Ressaltando a unidade e indivisibilidade do parquet, asseverou ser difícil cindir sua atuação na área recursal, no processo penal, de modo a comprometer o pleno exercício do contraditório. Aduziu, também, que o direito de a defesa falar por último é imperativo e decorre do próprio sistema, e que a inversão na ordem acarretaria prejuízo à plenitude de defesa. Ademais, afirmou não ser admissível interpretação literal do art. 610, parágrafo único, do CPP ("...o presidente concederá...a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral, quando requerer...") e que o art. 143, §2º, do Regimento Interno do TRF da 3ª Região, que dispõe que o parquet fará uso da palavra após o recorrente e o recorrido, merece releitura constitucional.

3. Para não me alongar em questão interna corporis, requeiro, desde logo o desentranhamento (vejam a que ponto tive que chegar) desta manifestação, por descabida no processo penal.

4. No mais, tomo a liberdade de reiterar a manifestação do Promotor de Justiça atuante em 1º grau de jurisdição.”

Por fim, cumpre registrar que o HC 87926-8 ventilado pelo Nobre Promotor de Justiça, já foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Registro, a seguir, a respectiva 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.**”*