



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.055 - RS (2014/0118727-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DANIEL GERBER E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL GERBER E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROGERIO PEREIRA DA CUNHA

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. INADMISSIBILIDADE. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ABSOLVIÇÃO. APELO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO. SUSTENTAÇÃO ORAL. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA E DO PRÓPRIO ÓRGÃO ACUSADOR NO SENTIDO DA ILEGALIDADE NA INVERSÃO DA ORDEM DAS SUSTENTAÇÕES DETERMINADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA JULGADORA, TENDO, EFETIVAMENTE, O MINISTÉRIO PÚBLICO SUSTENTADO ANTES DA DEFESA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO. EXISTÊNCIA. PRÓPRIA CONDENAÇÃO DO RÉU.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, o que é o caso dos autos.

2. Existência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa pelo fato de a defesa do paciente ter sido obrigada a fazer sua sustentação oral, no julgamento da apelação, antes de falar o Ministério Público, sendo que, *in casu*, o recurso é exclusivo da acusação, pois o réu foi absolvido em primeira instância.

3. O fato de ter sido dado provimento ao recurso do Ministério Público indica, desde logo e com clareza, gravame suficiente ao reconhecimento da nulidade. Em consonância com o entendimento do Supremo, quando *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* (HC n. 87.926/SP, Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJe 24/4/2008).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de anular o julgamento da Apelação-Crime n. 70050495712, para que outro seja realizado, devendo ser observado o direito de a defesa sustentar oralmente, se assim o desejar, após o Ministério Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Daniel Gerber pelo paciente, Rogerio Pereira da Cunha.

Brasília, 21 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.055 - RS (2014/0118727-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de **Rogério Pereira da Cunha**, apontando-se como autoridade coatora a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Narram os impetrantes que o paciente foi denunciado por corrupção ativa (art. 333 do CP), sendo absolvido em primeira instância. Apenas o Ministério Público recorreu, sendo o recurso provido para condenar o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 35 dias-multa. Eis a ementa do acórdão prolatado no julgamento da Apelação-Crime n. 70050495712 (fl. 1.085):

APELAÇÃO-CRIME. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A confissão extrajudicial de dois dos quatro apelados, os quais trabalhavam como estagiários de um hospital público e receberam vantagem pecuniária do terceiro apelado, que "trabalhava com políticos", sendo um deles posteriormente identificado como o quarto recorrido, a fim de que agendassem de forma privilegiada consultas médicas pelo Sistema Único de Saúde para pessoas por ele indicadas, com o fim de "eleger" determinado candidato, corroboradas pela confissão parcial da estagiária em juízo, que a despeito de ter admitido o esquema criminoso tentou eximir-se de qualquer responsabilidade argumentando que marcava as consultas apenas em horários vagos, assim como pelas declarações de testemunhas, que referiram, por exemplo, que a sindicância foi instaurada após repetidas vezes terem comparecido ao nosocômio pessoas que pretendiam consultar, mas que no sistema haviam sido substituídas por outros pacientes, com a justificativa de que teriam desistido da vaga, sem que tenham efetivamente feito isso, situação corroborada inclusive pelo depoimento prestado na sindicância por uma pessoa beneficiada pela armação criminosa, que teve três consultas marcadas clandestinamente por intermédio do quarto recorrido, cogente a imposição de decreto condenatório em desfavor de todos os apelados, pois preenchidas as elementares dos tipos penais capitulados na denúncia e prejudicada a coletividade em tema delicado e já tão tumultuado como a saúde pública.

Apelo ministerial provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirmam, em suma, que o Tribunal de origem, ao julgar o recurso, *não atendeu as garantias e pressupostos constitucionais aplicáveis ao processo penal, notadamente no que diz respeito aos Princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal* (fl. 2). Isso porque a Corte a quo *inverteu a ordem de manifestação das partes no curso do julgamento, fazendo com que, em recurso exclusivo da acusação, o MP falasse por último. Frise-se que tal situação, geradora de nulidade absoluta do julgamento, foi objeto de manifestação dirigida ao Desembargador Presidente por parte da Defesa Técnica, pela própria acusação e, também, pelo Revisor do feito – tudo isso, no próprio julgamento* (fl. 3). Entretanto, o ato foi mantido pelo Desembargador Presidente. Ressaltam os impetrantes que *a decisão nos embargos de declaração opostos pelo paciente, em relação a este específico tema, esclarece o assunto a ser tratado nesse habeas corpus* (fl. 3) e transcrevem a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

Convém atentar que o recurso de embargos declaratórios é admissível nas decisões proferidas pelos Tribunais de Apelação quando, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, houver ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. E *in casu*, assiste razão ao embargante apenas no que tange à alegada omissão relativa à manifestação defensiva antes da ministerial na sessão de julgamento, matéria que, embora ventilada, não consta do acórdão, devendo ser parcialmente acolhidos os embargos para que seja determinada a degravação dos trechos da sessão que se referem a tal incidente e sua juntada ao processo.

Embargos declaratórios parcialmente acolhidos.

Aduzem que, *ante tal situação, [...] legítimo o presente habeas corpus para reconhecimento da nulidade do julgamento proferido pela Colenda Quarta Câmara, por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando aceitou que o Ministério Público falasse por último em recurso exclusivo da acusação* (fls. 3/4).

Requerem, liminarmente, a suspensão do andamento processual da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa, até o julgamento final do presente *habeas corpus*. No mérito, pedem seja decretada a anulação do julgamento do recurso da acusação, em razão da inversão da ordem cronológica na sustentação oral aqui retratada (fl. 12).

Indeferi o pedido de liminar (fls. 1.475/1.478) porque – apesar da afirmação dos impetrantes de que está anexada ao presente *writ* cópia integral do processo principal – não localizei nos autos a degravação na qual deveria constar a discussão e conclusão sobre a nulidade arguida pela defesa.

Houve pedido de reconsideração do indeferimento da liminar (fls. 1481/1483).

O Tribunal *a quo* informou, à fl. 1.490, que (grifo nosso):

[...]

Em decisão sobre os Embargos Declaratórios propostos pela defesa, acordaram os Eminentes Desembargadores da Quarta Câmara Criminal do TJ/RS, em prover parcialmente o apelo defensivo, **no tocante ao pedido de degravação dos trechos da sessão que se referem ao incidente de ter a defesa se manifestado anteriormente ao órgão ministerial e a sua inclusão no acórdão objeto de recurso.**

Em 01/04/2013 a defesa interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário, (fls. 98311015), pugnando a nulidade do acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A procuradora de Justiça se manifestou pela inadmissão do referido recurso e pelo desprovimento da irresignação.

Negado provimento aos recursos interpostos (fls. 1168/1172), a defesa inconformada, apresentou agravo, pugnando pelo reconhecimento e provimento do recurso especial anteriormente exposto.

A fl.1248 foi certificado pela Serventia Cartorária não constar a degravação dos trechos da sessão referente à Apelação nº 70050495712, da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, ocorrido no dia 08/11/2012, conforme determinado nos Embargos de Declaração sob o nº 70052238482, sessão do dia 13/12/2012 da mesma Câmara.

A fl. 1252 foi determinada a remessa dos autos a Quarta Câmara Criminal/RS para cumprimento do acórdão que acolheu parcialmente os embargos declaratórios determinando a juntada da degravação dos trechos da sessão referida.

Sobre o pedido de reconsideração do indeferimento da liminar, assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

me manifestei (fls. 1.651/1.653):

[...]

Na decisão em que indeferi o provimento urgente não verifiquei a presença do *fumus boni iuris*, porque não evidenciada de plano a nulidade arguida pelo impetrante.

E, neste pedido, o requerente, na verdade, em que pese insistir de que a prova do que alegado (inversão na ordem de manifestação da defesa) já se encontra nos autos (fls. 950), reconhece a importância e a necessidade de que se juntem aos autos as notas taquigráficas do julgamento onde ocorreu a nulidade aqui suscitada.

Alega que o requerente não pode ser prejudicado por erro do próprio judiciário, tendo em vista que não houve a degravação da questão suscitada – sobre a inversão na ordem das sustentações da defesa e da acusação na apelação –, conforme determinado no acórdão dos embargos de declaração.

Reconhece, ainda, que estas notas deverão ser encaminhadas, em razão deste contexto, junto com as informações a serem prestadas. E, ao final, requer a reapreciação do pedido liminar, não agora, mas após as informações.

Desta forma, agora, não há pedido a ser examinado.

Com estas considerações, reitero a determinação de solicitação de informações ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais especificamente ao relator do processo n. 70052238482, que deverão incluir as notas taquigráficas do julgamento onde teria ocorrido a nulidade aqui suscitada e/ou a degravação dos trechos da sessão que se referem a tal incidente como determinado nos autos do acórdão dos embargos de declaração na apelação criminal n. 70052238482 (fls. 1146 dos autos eletrônicos). Cópia da impetração deverá acompanhar o pedido de informações.

Após as informações, os autos deverão retornar à conclusão para análise do pedido de reconsideração.

Publique-se.

Novo ofício de informações do Tribunal de origem foi juntado às fls. 1.657/1.689, no qual houve apenas o envio de cópia do acórdão prolatado na Apelação-Crime n. 70050495712.

Os impetrantes peticionaram às fls. 1.682/1.683:

1. Este *writ* versa sobre matéria pacífica nesta Corte, qual seja a impossibilidade de inverter-se a ordem de sustentação oral em recurso manejado pelo Ministério Público.

2. A degravação das notas taquigráficas que comprovam a ilegalidade aqui combatida segue em anexo.

3. Neste sentido, explícita a inversão da ordem de sustentação oral, com a Defesa falando primeiro do que o MP, em recurso exclusivo da acusação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A justificativa para tanto, por sua vez, foi o regimento interno do TJ/RS, que, a toda evidência, jamais poderia se sobrepor aos princípios que regem a matéria, e a pacífica jurisprudência desta Corte.

5. O digno presidente da Câmara criminal, alertado do equívoco que estava a cometer, indo contra a lei que, desde 1988, deve ser interpretada em conformidade com os princípios devidamente insculpidos em nossa Constituição Federal, assim como alertado da posição desta Corte – cujo desiderato, dentre outros, é a uniformização de jurisprudência – assim se manifestou:

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (PRESIDENTE) - Quem está modificando é o STJ, não sou eu. Eu estou seguindo a lei.

6. Enfim, o STJ não errou. Erro, sim, é deixar a parte recorrida falar primeiro, sem saber ao certo o que o próprio recorrente poderá alegar da Tribuna. Isso é, no mínimo, subversão ao conceito de contraditório e ampla defesa, aqui violados por falha na interpretação de norma interna do Tribunal de Justiça do RS.

7. Isso posto, requer, conforme petição retro, seja concedida medida liminar que suspenda o trâmite processual do feito até julgamento final do presente writ.

8. Requer, também, seja o impetrante devidamente intimado da data em que este habeas corpus será levado à julgamento, para fins de exercer adequadamente sua ampla defesa.

Daí proferi decisão deferindo a liminar para suspender o andamento do processo a que responde o paciente, até o julgamento de mérito deste *writ* (fls. 1.692/1.696).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fl. 1.702):

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA. SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DA INVERSÃO NA ORDEM DA SUSTENTAÇÃO ORAL. NULIDADE NÃO VERIFICADA.

- O representante do Ministério Público, em 2º grau de jurisdição, ao se manifestar na sessão de julgamento de apelação, ainda que interposta pela acusação, não atua como parte, mas sim como fiscal da lei, razão pela qual lhe é facultado falar após a defesa.

- No âmbito do processo penal, só se declara a nulidade do ato se evidenciado o prejuízo, consoante a máxima *pas de nullité sans grief*.

- Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.055 - RS (2014/0118727-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

No presente *writ*, alega-se, em suma, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte do Tribunal de origem, o qual, no julgamento da Apelação-Crime n. 70050495712, interposta pela acusação – em razão da sentença absolutória prolatada em seu favor –, teria afrontado os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Primeiramente, saliento que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

In casu, da leitura das notas taquigráficas juntadas às fls. 1.685/1.688, referentes ao julgamento da Apelação-Crime n. 70050495712, entendo haver ilegalidade flagrante a ensejar a concessão da ordem de ofício.

É que, mesmo havendo manifestação das partes, bem como do Desembargador Marcel Esquivel Hoppe – integrante da Câmara julgadora –, no sentido de que o representante do Ministério Público deveria falar primeiro, em razão de ser o recurso exclusivo da acusação, o Presidente da Quarta Câmara Criminal manteve sua posição de que o Procurador de Justiça deveria falar por último, o que efetivamente ocorreu.

Entretanto, o entendimento do Presidente da Quarta Câmara Criminal não está em consonância com julgados desta Corte:

[...]

1. As atribuições de **custos legis** tem-nas sempre o Ministério Público, qualquer que seja a natureza da função que esteja a exercer - enquanto lhe decorre da própria natureza da instituição, cumulando-as com aquelas outras de **parte** no processo penal da ação pública, incindivelmente por razões evidentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional (Constituição da República, artigo 129, inciso I), é sempre parte, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual.

3. Viola os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, com iniludíveis reflexos na defesa do paciente, a inversão das falas das partes em sessão de julgamento de recursos (Precedentes).

4. Ordem concedida para anular o julgamento de recurso em sentido estrito, determinando-se que outro se proceda.

(HC n. 18.166/SP, Relator p/ Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24/2/2003)

[...]

IV - Em consonância com recente entendimento firmado pelo Pretório Excelso (HC 87.926/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso), o pleno exercício do contraditório assegura à defesa o uso da palavra por último, no caso de realização de sustentação oral.

Recurso especial não-conhecido.

(REsp n. 966.462/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 10/11/2008)

Trago, ainda, sobre o tema, o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 87.926/SP (Ministro Cezar Peluso, DJe 24/4/2008 – grifo nosso):

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.**

O Ministro Relator consignou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 consulente (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 ele presente".

Ressalto que o referido julgado do Supremo se amolda perfeitamente ao presente caso, tendo em vista que o paciente havia sido absolvido em primeira instância e apenas o *Parquet* estadual recorreu. Quando da sessão de julgamento da apelação, como disse anteriormente, não só a defesa requereu a sustentação oral após a do Ministério Público, o próprio Procurador de Justiça foi o primeiro a assim se manifestar, como também um dos desembargadores componentes da Câmara julgadora.

Interessante transcrever as notas onde constam tais manifestações (fls. 1.685/1.688):

APELAÇÃO-CRIME N. 70050495712, PORTO ALEGRE.

RELATOR: DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA

DR. ROBERTO VARALO INÁCIO (MINISTÉRIO PÚBLICO) – Presidente, uma questão de ordem. Aqui o recurso é exclusivo do Ministério Público, talvez eu deva manifestar-me por primeiro.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (PRESIDENTE) – O senhor sabe que eu sou do tempo antigo, sou muito conservador.

DR. ROBERTO VARALO INÁCIO (MINISTÉRIO PÚBLICO) – Para mim é indiferente, é que eu me manifestei pelo provimento.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (PRESIDENTE) – O art. 610 diz assim: "Anunciado o julgamento pelo presidente, e apregoada as partes, com a presença destas ou à sua revelia, o relator fará exposição do feito e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seguida, o presidente concederá, pelo prazo de 10 (dez) minutos, a palavra aos advogados ou às partes que a solicitarem e ao procurador-geral quando o requer". Eu interpreto isto desta forma: os advogados falam primeiro, e o Procurador-Geral pode requerer para falar. Se requerer, também será concedida a ele a palavra por igual prazo.

Então, vou interpretar desta forma. Vossa Excelência esta com a palavra.

DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE – Presidente, eu gostaria de manifestar minha posição em relação a este assunto. O STJ tem-se manifestado no sentido de que, no recurso do Ministério Público, ele fala primeiro, porque ele seria parte no processo. Acho que já discutimos numa outra oportunidade, não sei se com a presença do Colega ou não, que poderíamos evitar o risco de ter uma nulidade no processo se cedêssemos a essa posição, porque se trata de ver como fica a figura do Ministério Público nessa cena judiciária, se ele é simplesmente um parecerista ou é parte. Então, essa é a minha grande dúvida e o medo de processos anulados.

A decisão é do Presidente, faço apenas esta manifestação.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (PRESIDENTE) – Obrigado pela sua contribuição. Vossa Excelência está com a palavra.

DR. FLÁVIO BARROS PIRES (ADVOGADO) - Excelentíssimo Senhor Desembargador-Presidente desta Colenda 4ª Câmara Criminal, Des. Gaspar Marques Batista, eminente Relator, Des. Marco Aurélio, eminente Revisor, Des. Mareei Hoppe, eminentes Procuradores de Justiça aqui presentes, serventuários, senhoras, senhores e colegas, a minha saudação, em primeiro lugar a esta Colenda Câmara, que na sua atividade tem dignificado o nome que este Tribunal de Justiça goza no cenário nacional. Vossas Excelências têm dado uma demonstração não só de sabedoria, mas de civilidade e compreensão dos problemas que os advogados vêm trazer a Vossas Excelências.

Com relação a esta questão, Excelência, eu gostaria de primeiramente deixar registrado que a defesa não concorda com a modificação da ordem imposta por Vossa Excelência e desde já respeitada porque também tem o entendimento...

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (PRESIDENTE) – Só queria dizer a Vossa Excelência que não sou eu que estou modificando, eu estou seguindo a lei.

DR. FLÁVIO BARROS PIRES (ADVOGADO) – Eu entendo Vossa Excelência, compreendo e respeito o posicionamento.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA (PRESIDENTE) – Quem está modificando é o STJ, não sou eu. Eu estou seguindo a lei.

DR. FLÁVIO BARROS PIRES (ADVOGADO) – Sem dúvida. Entretanto, como no Direito temos a divergência como a nossa ferramenta de trabalho,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eu gostaria de deixar consignado aqui a divergência deste defensor em relação a esse posicionamento, porque eu tenho entendimento – e até já tive oportunidade de manifestar isso em outras ocasiões – de que o Ministério Público, no processo penal, é parte e, sendo parte, ainda mais como apelante, ele tem – esse é o posicionamento pessoal meu – ele tem o dever de apresentar suas razões primeiro, antes da defesa. Por isso eu gostaria de deixar registrado esse posicionamento como um entendimento de que poderia realmente ocasionar uma nulidade neste processo.

Entretanto, Excelência a questão que eu pretendo trazer a Vossas Excelências aqui da tribuna é rápida e, no meu entendimento, até um pouco simples. E ela se estabelece em duas circunstâncias...

Assim, verificada a ilegalidade na inversão da ordem das sustentações orais da defesa e da acusação, em grau de recurso – exclusivo do Ministério Público –, necessário analisar se houve ou não prejuízo à defesa, a pautar o reconhecimento da nulidade arguida.

Lembro apenas que o prejuízo da parte é evidente, considerando que, absolvido em primeira instância, foi condenado pelo Tribunal após o julgamento em que houve a inversão aqui impugnada.

Esse entendimento é no mesmo sentido daquele já externado pelo Relator do HC n. 87.926/SP, Ministro Cezar Peluso, em seu voto, *in verbis* (grifo nosso):

[...]

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, RI 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, rei. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 13.05.2005. No mesmo sentido, cf. HC n. 83.835, rei. 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.

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 nexos 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.**

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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!

[...]

E concedo a ordem em favor de [...], para anular o julgamento do Recurso em Sentido Estrito [...], 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.

[...]

Em face do exposto e sem necessidade de mais delongas, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**, a fim de anular o julgamento da Apelação-Crime n. 70050495712, para que outro seja realizado, observando-se o direito de defesa do paciente, caso pretenda proceder à sustentação oral, que esta seja feita depois do pronunciamento do representante do Ministério Público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.055 - RS (2014/0118727-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Senhor Presidente,

Tenho entendimento já antigo sobre o tema, no sentido de que o acusado, durante o processamento do **recurso, em ação penal condenatória**, 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*. (GILBERTO LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 177).

Isto porque, considerando-se a ação penal como um todo – e não apenas como fases procedimentais estanques – o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão de acusação, eis que, sendo una 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**. (GIOVANNI LEONE, *op. cit.*, p. 483).

No mesmo sentido, entre nós, VICENTE GRECO FILHO, ao enfatizar que "no recurso, a relação processual original continua vigente, desdobrando-se, apenas, em nova fase" (*Manual de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 350).

Note-se que, ao contrário do que se verifica no processo civil, sede em que ambas as partes podem exercer simultâneos poderes de ataque e defesa (basta citar o instituto da reconvenção, pela qual o réu passa à posição de autor no mesmo processo), **no processo penal somente uma parte acusa e somente a outra se defende**.

Faço observar, para registro, que alguns ordenamentos processuais hodiernos consagram essa dinâmica dos recursos criminais.

Exemplo próximo é o Código de Processo Penal de Portugal, cuja redação do art. 423.3 do Código português, que define a ordem para os debates no julgamento dos recursos, estabelecendo que, primeiramente fala o Ministério Público e, em seguida, os representantes dos recorrentes e dos recorridos, com possibilidade de intervir o defensor do acusado, antes do encerramento da sessão, se não tiver sido o último a usar da palavra (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

423.4).

O direito à última palavra é reconhecido, também, no Código de Processo Penal de Itália, pelo art. 523, cuja combinação com o art. 602.4 daquele diploma permite estabelecer a ordem dos debates no julgamento das apelações criminais: "inizia il pubblico ministero (e non l'appelante, como nel testo originario del codice abrogato...) e continuano, in ordine successivo, i difensori della parte civile, del responsabile civile, del civilmente obbligato per la pena pecuniaria e dell'imputato" (ENZO ZAPPALÀ, *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, VI, M. Chiavario (Coord.), Torino, Utet, 1991, p. 199).

Em similar direção se coloca a StPO da Alemanha, cujo § 326 confere ao acusado a prerrogativa de fazer uso da palavra por último: § 326. "Después de la finalización de la recepción de la prueba son escuchados el ministerio público como el acusado y su defensor con sus valoraciones y requerimientos y, a saber, el recurrente primero. Al acusado le pertenece la última palabra" (JULIO B. MAIER, *La ordenanza procesal penal alemana*, Vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 278).

Também na Inglaterra se prevê a possibilidade de o réu manifestar-se por último no julgamento dos recursos criminais perante a *Crown Court*, tribunal encarregado de julgar apelações contra condenações impostas em uma *Magistrates' Court* (Magistrates' Courts Act, 1980, ss. 108 to 110, and rr 6 to 11 of the Crown Courts Rules 1982). O julgamento é conduzido como se fosse um novo julgamento (*re-hearing*), seguindo exatamente os mesmos passos do procedimento de primeira instância (*summary trial*), é dizer, falando a acusação primeiro e a defesa, por último. Assim, em apelação contra uma sentença condenatória, o órgão acusador apresenta sua argumentação inicial (*opening speech*) e chama suas provas, que podem ser refutadas pelas provas da defesa. Em seguida, a defesa formula seus argumentos conclusivos (*closing speech*) e a Corte anuncia a decisão (JOHN SPACK, *Emmins on criminal procedure*, 8th ed., London, Blackstone Press, 2000, p. 447).

Até na jurisdição eclesiástica se reconhece tal direito ao réu. Confira-se o artigo 1.725 do Código de Direito Canônico: "Na discussão da causa, por meio escrito ou por meio oral, o acusado tem sempre direito a escrever ou a falar em último lugar, pessoalmente ou por seu advogado ou procurador".

Essa digressão sobre direito comparado serve para demonstrar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o tema já é, há anos, objeto de normatização em vários países. Aqui, ao contrário, ainda se percebe dissenso na jurisprudência.

Vale o registro de que, antes mesmo da Constituição da República, de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ainda que sem maiores debates sobre o tema, em recurso extraordinário relatado pelo Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, havia decidido que: "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 91.661/MG, 1ª Turma, j. 27/11/1979, DJ de 14/12/1979, p. 9946).

Aqui no Superior Tribunal de Justiça, em 2002, ao conceder a ordem no *Habeas Corpus* n. 18.166/SP, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça anulou o julgamento de recurso em sentido estrito no qual o representante do Ministério Público Federal junto ao TRF da 3ª Região, usando da palavra por último, sustentara oralmente seu recurso em sentido estrito, interposto contra a rejeição da denúncia oferecida em primeira instância (HC 18166/SP, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Relator p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, j. 19/02/2002, DJ 24/02/2003 p. 308).

Entretanto, a compreensão sobre o tema não tem sido unívoca nesta Corte, onde poucas alusões se fazem ao importantíssimo julgado do Pleno da Corte Suprema (HC 87.926-8/SP, de fevereiro de 2008), no qual se decidiu, à unanimidade, que **a atuação do Ministério Público em segundo grau** se dá como fiscal da lei **e também como parte**, com os corolários processuais que tal concepção engendra, nomeadamente o que diz com o direito da defesa a usar a palavra por último.

De fato, em 20 de fevereiro de 2008, **em decisão unânime do Tribunal Pleno, o Supremo Tribunal Federal** sedimentou o caminho para a definitiva conceituação do papel desempenhado pelo Ministério Público em recursos criminais, perante a jurisdição ordinária, em acórdão assim ementado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 defesa, sob pena de nulidade do julgamento. (HC 87.926/SP, Relator Min. CEZAR PELUSO, j. 20/02/2008, Tribunal Pleno, DJe-074, p. 25/04/2008)

Sob a liderança do relator, a ordem foi unanimemente concedida, anulando-se o julgamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, registrando-se do voto importante ilação, a saber: "ainda que invoque a qualidade de *custos legis*, o representante do Ministério Público deve manifestar-se, na sessão de julgamento, antes da sustentação oral da defesa".

Sua Excelência, aludindo ao nosso pensamento publicado alguns anos antes, assinalou: "Desse modo, entendo difícil, senão impossível, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, no processo penal: não há que se falar 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".

Prosseguiu o Ministro Cezar Peluso: "o conteúdo da opinião legal, de fundo, exposto no parecer ou na sustentação oral, é de pouco relevo. Ou seja, ainda que, no mérito, o Ministério Público postule a absolvição do acusado, continua sempre órgão incumbido da acusação e não deixa de agir como parte. Conclusão diversa levaria à concepção de processo com única parte, o acusado, o que parece absurdo diante de um sistema garantista, acusatório, agônico, marcado pelo contraditoriedade".

Houve, assim, ênfase na convicção de que ao acusado, 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*. Assim é que o Ministro Relator, em certo momento de seu voto, pontuou: "Comungo da ideia de que, no julgamento de recursos exclusivos da acusação, se deve garantir o uso da palavra ao acusado, por intermédio do defensor, sempre depois da intervenção oral do Ministério Público que officie no tribunal".

No caso presente, o recurso de apelação julgado na origem foi de iniciativa exclusiva do Ministério Público – visto que o paciente fora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolvido em primeiro grau – o que não se mostrou suficiente para conferir à defesa a prerrogativa de falar por último na sessão de julgamento.

Logo, na linha do brilhante voto de Vossa Excelência, considero que, ao ser tolhido à defesa do paciente o direito – reconhecido, a despeito do que assinalou o Presidente da Quarta Câmara Criminal do TJ/RS, pelo Supremo Tribunal Federal – de fazer sua sustentação oral após o membro do Ministério Público oficiante no órgão colegiado de segundo grau, e sendo certo que o recurso do *Parquet* foi provido, com a condenação do então recorrido, consubstanciou-se ilegalidade, a sanar-se pela presente via.

Com essas considerações, Senhor Presidente e Relator, com meus cumprimentos acompanho o voto de Vossa Excelência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0118727-1

HC 295.055 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120500132330 00936200600904000 01323329320058210001 01506319220138217000
02172449420138217000 120500132330 1323329320058210001 1506319220138217000
200571000173838 2172449420138217000 70050495712 70052238482 70054260047
70054926175 936200600904000

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIEL GERBER E OUTROS
ADVOGADO	: DANIEL GERBER E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ROGERIO PEREIRA DA CUNHA
CORRÉU	: MARCO ANTONIO GRANDINI
CORRÉU	: TIAGO KENER PACHECO
CORRÉU	: RAQUEL INES BORSOI DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Corrupção ativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). DANIEL GERBER, pela parte PACIENTE: ROGERIO PEREIRA DA CUNHA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.