

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU NA VISÃO DO STF*

Autor: Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça, Professor do PPG da FMP, doutor em direito processual penal pela Universidade de Barcelona.

Resumo: Em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal decidiu, à unanimidade, que o Ministério Público com assento em segundo grau não pode se manifestar por último, sempre que o recurso for exclusivo da acusação, sob pena de ferimento ao princípio do contraditório. Em razão disso, o presente trabalho visa analisar a evolução desse pensamento junto à doutrina e jurisprudência nacionais, e as conseqüências que aquela decisão provocará na atuação do Ministério Público e na ritualística a ser seguida durante os julgamentos no segundo grau de jurisdição.

Palavras-Chave: Ministério Público – recurso – contraditório – Supremo Tribunal Federal – nulidade.

Abstract: In a plenary session, the Supreme Court has unanimously decided that Ministerio Publico, as a second instance, may not be the last to manifest whenever the appeal is exclusive of prosecution, otherwise it will be harming the procedural rights. The present work aims at analyzing the evolution of this thought in the national doctrine and jurisprudence as well as the consequences that decision will have both in the actions by Ministerio Publico and in the rituals to be followed during trials in the second-level jurisdiction.

* Artigo publicado na **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, nº 16, p. 171-194, jul./dez. 2008.

Keywords: Ministerio Publico – appeal – procedural rights – Supreme Court – nulity.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU NA VISÃO DO STF

Mauro Fonseca Andrade**

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre tema que atinge diretamente a atuação do Ministério Público com assento no segundo grau de jurisdição. Em decisão plenária unânime, a mais alta Corte do país anulou julgamento onde o Ministério Público, em sede recursal, havia se manifestado, na condição de *custos legis*, posteriormente à sustentação oral da defesa.

Essa decisão vem provocando grande controvérsia e incerteza no seio do Ministério Público nacional, em especial no que diz respeito ao futuro dos Procuradores de Justiça e qual atividade lhes caberá desempenhar nos recursos criminais. Mais que isso, além de

** Promotor de Justiça. Professor do PPG da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona.

atingir diretamente a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 610 do CPP, essa mesma decisão exige uma pronta tomada de posição por parte do Ministério Público. E assim dizemos porque, a partir daquele julgado, milhares de arguições de nulidade poderão pipocar em todos os tribunais de nosso país, justamente por não seguirem a ordem de manifestações orais entendida como correta pela Corte Constitucional. Esse indicativo está claro nas palavras de ninguém menos que do Min. Carlos Britto, quando, ao finalizar seu voto, professou: “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”.

Nosso intento, com as próximas linhas, não é esgotar o tema, até porque escritas ainda no calor dos fatos. Contudo, o cenário posto a exame torna mais que necessária uma reflexão sobre aquela decisão, especialmente em relação às conseqüências que a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal irá produzir na atividade do Ministério Público de segundo grau.

ANÁLISE PRELIMINAR DO HABEAS CORPUS 87.926-8

Em 03 de fevereiro de 2006, foi distribuído junto à 2ª Turma daquela Corte o *habeas corpus* 87.926-8, que recebeu, como relator, o Min. Cezar Peluso. O caso versava sobre uma ação penal condenatória ajuizada pelo Ministério Público Federal perante a 1ª Vara Federal Criminal da Subsessão Judiciária de São Paulo, onde dois diretores responsáveis por uma instituição financeira figuravam como denunciados. A ação penal foi rejeitada sob o argumento de que a imputação nela descrita não demonstrava o dolo dos denunciados, estando fundada, na visão do julgador, unicamente na responsabilidade objetiva daqueles.

Contra essa decisão foi interposto recurso em sentido estrito, ao final provido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Contudo, antes da Turma proferir sua decisão, foi invocada questão de ordem pelo procurador dos recorridos, motivada pelo fato de o Ministério Público Federal haver se manifestado, de forma oral, posteriormente à defesa, sendo o recurso exclusivo da acusação. Em outras palavras, haveria ocorrido uma inversão na ordem das manifestações perante aquela Corte, tendo a acusação falado depois da defesa. Tal questão de ordem foi rejeitada pelos integrantes daquela Turma, sob o

argumento de que o Procurador Regional da República, com atuação junto ao segundo grau de jurisdição, figuraria no processo como *custos legis*, ao invés de parte propriamente dita, não se podendo fazer confusão entre os papéis de parte e fiscal da lei desempenhados pela instituição do Ministério Público.

Diante disso, os denunciados passaram a figurar como réus naquela ação penal condenatória, o que motivou a interposição do *habeas corpus* 87.926-8 junto ao Supremo Tribunal Federal. Em suma, o que se buscou foi a nulidade da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, invocando basicamente os mesmos argumentos anteriormente rejeitados pela Turma que analisou e julgou o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal. De forma particular, enfatizou-se a alegada ofensa ao princípio do contraditório, e o fato de o Ministério Público ser, por disposição constitucional, órgão uno e indivisível, o que tornaria incabível sua configuração como *custos legis* em segunda instância.

O julgamento do *habeas corpus* 87.926-8 teve início em novembro daquele mesmo ano, tendo o Ministro relator deferido o *writ* para anular a decisão relativa ao recurso em sentido estrito, e determinar a realização de nova sessão de julgamento, onde deveria ser observado o direito de a defesa manifestar-se posteriormente ao Ministério Público, em recurso interposto exclusivamente por ele. Como fundamento de seu voto, entendeu ser difícil o Ministério Público cindir suas funções – acusador em primeiro grau, e *custos legis* em segundo grau –, seja em razão da unidade e indivisibilidade dessa instituição, seja em razão de o processo não contar com seu autor em sede recursal. Como consequência, a inversão na ordem de manifestação, quando das sustentações orais, levaria à ocorrência de prejuízo certo e incontestável ao réu, em vista da inobservância aos princípios do contraditório e plenitude da defesa¹.

Esse julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista feito pelo Min. Joaquim Barbosa, sendo retomado em 13 de novembro de 2007. Na oportunidade, acolhendo

¹ De seu voto, destacamos os seguintes trechos: “Invocar, ..., a qualidade de *custos legis* do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artificios lingüísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes. (...). 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. (...) Conclusão diversa levaria à concepção de processo de parte única, o acusado”.

proposição do Min. Joaquim Barbosa, o feito foi submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Como não houve suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo 3º TRF, o processo contra os dois diretores teve seguimento. E, em meio à tramitação do *habeas corpus* 87.926-8, a 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Direito, para onde o processo foi redistribuído, informou ao Supremo Tribunal Federal que um dos réus teve extinta sua punibilidade pela incidência da prescrição.

Em sessão que se realizou em 20 de fevereiro de 2008, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do *habeas corpus* 87.926-8 e concedeu, à unanimidade e com acolhida integral do voto do relator, a ordem a favor do paciente que ainda restava, decretando a nulidade do julgamento ocorrido junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região².

Naquela sessão estiveram presentes os Mins. Ellen Gracie (Presidente), Cezar Peluso (relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Licenciado, esteve ausente o Min. Joaquim Barbosa.

PRECEDENTES JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A decisão proferida no *habeas corpus* 87.926-8 não versa sobre tema estranho aos Tribunais Superiores de nosso país. Em realidade, a ordem no julgamento dos recursos criminais e o verdadeiro papel a ser exercido pelo Procurador de Justiça já foram alvo de diversos julgados daquelas Casas. Contudo, essas decisões nunca adquiriram a força e repercussão que naturalmente decorrem de uma decisão plenária de nosso Tribunal Constitucional, ainda mais quando obtida de forma unânime.

² Essa decisão ficou assim ementada: **“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”.

Em uma breve retrospectiva, o próprio Supremo Tribunal Federal examinou situação semelhante ainda na década de setenta do século passado. Na oportunidade, restou anulado o julgamento de apelações interpostas pela acusação e defesa, justamente em razão de entender-se haver sido invertida a ordem nas sustentações orais, onde o assistente de acusação manifestou-se posteriormente à defesa. Como fundamento, invocou-se o ferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por desrespeito ao direito de a defesa falar por último, e considerou-se presumido o prejuízo por ela sofrido, em razão da inversão ritualística verificada. Nada se disse quanto à condição processual do órgão do Ministério Público de segundo grau de jurisdição – se *custos legis* ou parte –, já que a nulidade envolvia a atuação da assistência à acusação³.

Passadas quase duas décadas, aquela Corte voltou a reunir-se para agora propriamente discutir o papel assumido pelo Ministério Público em segundo grau de jurisdição. Em sua composição plenária, o tema posto a exame foi um artigo do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que concedia tempo ilimitado para a sustentação oral dos membros do Ministério Público que nela atuavam na condição de fiscal da lei. Ao final, e por maioria de votos, foi indeferida a medida cautelar que visava a suspensão da norma questionada, sob a alegação de que, quando atua como *custos legis*, eventual vantagem concedida a seu favor não motivaria o ferimento ao princípio da igualdade de armas.

Embora o foco de atenção daquela Corte não houvesse sido o mesmo da recente decisão proferida no *habeas corpus* 87.926-8, ao menos três votos disseram respeito ao tema que neste último processo foi abordado.

De acordo com o então relator do processo, Min. Celso de Mello, mesmo quando atuante na condição de *custos legis*, o Ministério Público figuraria como um dos sujeitos do processo, o que determinaria a quebra do princípio constitucional da igualdade, que deve pautar a atividade de cada um deles. No mesmo sentido foi o voto do ex-Min. Carlos Velloso, por considerar que o Ministério Público, ainda que figure como fiscal da lei, assume posição contrária a uma das partes. Por fim, encontramos o voto do ex-Min. Sepúlveda Pertence, que, apesar de posicionar-se pelo indeferimento da liminar, deixou patente que, na sua visão, não passava de um privilégio o fato de o Ministério Público, na segunda instância, poder

³ STF, RE nº 91.661-0/MG, 1ª Turma, rel. Min. Xavier de Albuquerque, unânime, j. em 27-11-1979, DJ 14-12-1979.

apresentar parecer escrito, invocando sua condição de *custos legis* no processo penal. Mais que isso, o fato de a Constituição haver adotado – segundo entendimento seu⁴ – o sistema acusatório, faria com que o Ministério Público obrigatoriamente assumisse tão-só a posição de parte no processo penal, independentemente do grau de jurisdição onde ele esteja atuando⁵.

Como se pode observar, o questionamento sobre a ordem de manifestação em segundo instância, bem como o real papel que nela deve ser exercido pelo Ministério Público, não eram nenhuma novidade para o Supremo Tribunal Federal antes de proferir a decisão no *habeas corpus* 87.926-8. Entretanto, esse exame se mostra muito mais freqüente pelo Superior Tribunal de Justiça, que em quatro oportunidades apresentou entendimentos distintos sobre esse mesmo tema.

A primeira delas tratou da atuação do Ministério Público em ação penal privada, que versava sobre crime de difamação regulado pela Lei de Imprensa (artigo 21, *caput*, da Lei nº 5.250/67). Na ocasião, houve empate na votação realizada, em especial quanto ao tipo de mácula que essa inversão na ordem de manifestação em segundo grau – primeiro o réu, depois o Ministério Público como *custos legis* – poderia acarretar ao processo, ou seja, se nulidade propriamente dita ou mera irregularidade. O mesmo se deu quanto à demonstração do alegado prejuízo sofrido pela defesa: se presumido ou devendo ser concreto. Importante frisar que, tanto no parecer emitido pelo Ministério Público ainda na Justiça Comum, como aquele emitido pela Procuradoria-Geral da República com assento no Superior Tribunal de Justiça, houve concordância com o fundamento da alegação defensiva, reconhecendo a nulidade invocada.

Em termos mais específicos, ficou patente que, mesmo em ações penais privadas, o Ministério Público deve manifestar-se antes da defesa, ainda que atue na condição de fiscal da lei. Para tanto, invocou-se a aplicação analógica da redação que à época, apresentada o

⁴ Essa ressalva se faz mais que necessária porque todos os argumentos atualmente invocados para justificar que no Brasil se adota o sistema acusatório também estão presentes nos documentos históricos que regularam os sistemas misto e inquisitivo. Como já tivemos oportunidade de afirmar, o Brasil não possui um sistema processual penal definido, razão pela qual sugerimos que essa definição se faça de forma expressa e preferencialmente no próprio texto constitucional, em especial junto ao seu artigo 5º, quando trata das garantias processuais de todo cidadão (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 460-474).

⁵ STF, Adi nº 758-1/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, por maioria de votos, j. em 22-04-1993, DJ 08-04-1994.

artigo 500, § 2º, do CPP⁶. Por outro lado, o fundamento constitucional para essa ordem na manifestação processual estaria centrado na observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, e na possibilidade de o Ministério Público, mesmo como *custos legis*, “pender para a acusação”, por ser o titular da ação penal pública⁷.

Em outra oportunidade, a 5ª Turma daquela Corte, agora analisando processo iniciado por ação penal pública incondicionada, igualmente reconheceu a necessidade de o Ministério Público de segundo grau manifestar-se anteriormente à defesa. Embora com voto dissonante, entendeu-se que, mesmo em grau recursal, o Ministério Público sempre atua como parte em processos daquela espécie, e que a condição de *custos legis* está presente em todos os seus membros, como decorrência natural da função que desempenham. Por isso, nos recursos interpostos pelo órgão acusador, não pode o Ministério Público de segundo grau manifestar-se posteriormente à defesa, sob pena de ferimento aos princípios do contraditório e devido processo legal, com prejuízo presumido ao recorrido⁸.

Em feito posterior, essa mesma Turma adotou posição em sentido contrário. Em síntese, entendeu que o Ministério Público de segunda instância atua como *custos legis* – e não como parte –, condição que lhe permite manifestar-se validamente por último e após a sustentação oral da defesa. Mais que isso, aquele órgão colegiado também posicionou-se pela necessidade de demonstração concreta do prejuízo alegadamente sofrido pela defesa, o que igualmente impediria o decreto de nulidade da sessão de julgamento impugnada⁹.

Por fim, ratificando essa última posição, em novo julgado manteve aquela Turma, por maioria, a diferenciação entre os agentes do Ministério Público, em razão da atividade que exercem nos processos de iniciativa pública. Assim, somente poderia ser considerado parte no processo aquele membro do Ministério Público que ajuíza a ação penal, ao passo que *custos legis* seria seu colega com atuação no segundo grau de jurisdição ou em instâncias extraordinárias. Por isso, não haveria o porquê de falar-se em nulidade da sessão de julgamento onde o Ministério Público de segundo grau manifestou-se posteriormente à

⁶ Artigo 500, § 2º. O Ministério Público, nos processos por crime de ação penal privada ou nos processos por crime de ação penal pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.

⁷ STJ, RHC nº 4.457/SP, 6ª Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, por maioria de votos, j. em 13-11-1995, DJ 24-06-1996.

⁸ STJ, HC nº 18.166/SP, 5ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, por maioria de votos, j. em 19-02-2002.

⁹ STJ, HC nº 38.230/SP, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, unânime, j. em 02-12-2004, DJ 01-02-2005.

defesa, ao apresentar seu parecer de modo oral. Da mesma forma, imprescindível se faria a demonstração efetiva do prejuízo sofrido pela defesa, a fim de ver configurada alguma lesão aos princípios da ampla defesa e contraditório.

O que nos chama a atenção nesse julgado é o voto vencido proferido pelo Min. Gilson Dipp. Segundo ele, nos processo de ação penal pública o Ministério Público sempre atua como parte, independentemente do grau de jurisdição onde o feito se encontre. Por essa razão, entendeu haver ferimento aos princípios do contraditório e devido processo legal na inversão ritualística de manifestação no julgamento de recurso interposto pela acusação, e determinou não só a anulação do julgamento realizado, mas também do trânsito em julgado do acórdão relativo ao julgamento impugnado¹⁰.

PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS

A questão envolvendo a posição do Ministério Público no segundo grau de jurisdição ou em instâncias extraordinárias também mereceu atenção da doutrina. E, da mesma forma como se observa em âmbito jurisdicional, as opiniões encontradas igualmente não são coincidentes.

Há mais de quarenta anos, e anteriormente à primeira decisão já analisada do Supremo Tribunal Federal, MARQUES não poupou adjetivos para desmerecer a atuação do Ministério Público como parecerista em segunda instância. Na sua visão, a atividade consultiva, estampada no artigo 610, *caput*, do CPP, seria nada menos que esdrúxula e infeliz, seja em razão de o *Parquet* ser o condutor da pretensão punitiva em nome do Estado, seja em razão de permitir que o propulsor da persecução penal se manifeste por último, ferindo os princípios do contraditório e ampla defesa¹¹.

TOURINHO FILHO seguiu a mesma trilha, mas também adentrou na análise psicológica do agente do Ministério Público em segunda instância. Segundo ele, o fato de haver atuado vários anos como acusador impediria o Procurador de Justiça de adquirir uma neutralidade repentina, a ponto de considerar-se equidistante das partes – ou seja, até

¹⁰ STJ, HC nº 41.667/SP, 5ª Turma, rel. Mina. Laurita Vaz, por maioria de votos, j. em 15-09-2005.

mesmo de seu colega de primeiro grau – pelo simples fato de passar a atuar junto ao segundo grau de jurisdição. Por isso, e ante a atuação combativa do Ministério Público *a quo*, esse autor sugere que o exame por ele feito no processo se dê tão-só sob o aspecto formal, cabendo ao Tribunal a análise do mérito recursal. Só assim, na sua visão, se conjugariam todos os interesses no processo, a saber: a manutenção do Ministério Público em segunda instância, e o respeito ao devido processo legal, com a possibilidade de o réu falar por último¹².

CRUZ também leciona pela condição de parte do agente do Ministério Público em segundo grau. Para ele, o Promotor de Justiça acumularia as funções de acusador e fiscal da lei, em razão de ser uma parte formal no processo penal, e estar vinculado ao princípio da legalidade, o que lhe impõe, inclusive, o dever de recorrer em favor do réu. Essa mesma condição atingiria o Procurador de Justiça, pois ainda representaria a parte ativa da causa, ante a necessidade de o processo penal contar com seu autor no juízo *ad quem*. Nas suas palavras, “o Ministério Público continua, no Tribunal de Justiça, a possuir o mesmo código genético que caracteriza o exercício das atribuições no âmbito da justiça criminal. (...). O fato de emitir parecer e de, em sua conclusão, ‘opinar’ pelo provimento ou não do recurso não significa que deixou o Ministério Público de agir como parte”¹³.

Por fim, CARVALHO nos chama a atenção para o fato de, em razão de o Ministério Público ser uno e indivisível, sua condição de parte – apresentada nas ações penais públicas – faz com que ele mantenha essa posição ao longo de todo o processo, independentemente da esfera jurisdicional em que o feito se encontre. Ademais, sustenta que é o Procurador de Justiça quem tem legitimidade para sustentar oralmente o recurso interposto por seu colega de primeiro grau, oportunidade em que, inclusive, poderá pleitear o aumento de pena em prejuízo dos interesses do réu. Ao final, questiona o fato de, caso o membro do Ministério

¹¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª. ed., 2ª. Tiragem. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. IV, p. 213. Mais recentemente, igual posição é partilhada por: PERES, César. Sustentação oral. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 17.09.2003.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pg. 418. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. II, p. 351. Com a mesma proposição, encontramos: DÓRO, Tereza Nascimento Rocha; GRECCO, Leonardo. O parecer acusatório do Procurador de Justiça nos autos da apelação criminal (Da notória desigualdade de armas no duelo entre promotor de justiça e advogado). Disponível em internet: www.direitocriminal.com.br, 05.10.2001.

¹³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Atuação do Ministério Público no Processamento dos Recursos Criminais face aos Princípios do Contraditório e da Isonomia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 737, mar. 1997, p. 494.

Público de segundo grau verdadeiramente perdesse sua condição de parte, o processo penal chegaria ao juízo *ad quem* movido por uma “estranha ação penal sem autor”¹⁴.

Como era de se esperar, tais opiniões não foram compartilhadas por outros autores igualmente integrantes do Ministério Público nacional.

No final da década de setenta do século passado, GUIMARÃES justificava a possibilidade de o Ministério Público falar por último, exatamente em virtude da condição de *custos legis* atribuída aos seus agentes que atuavam junto aos tribunais estaduais e ao próprio Supremo Tribunal Federal. Entretanto, não defendia sua posição senão antes de reconhecer que, se fosse o Procurador de Justiça encarado como parte no processo penal, “jamais poderia falar após a defesa”¹⁵.

Essa mesma posição foi ratificada anos depois por MORAES FILHO, para quem a figura do Procurador de Justiça não poderia ser encarada como parte no processo. Sua função não seria acusar e muito menos defender a sociedade, mas sim fiscalizar a atuação de seu colega de primeiro grau e “cuidar do equilíbrio social ameaçado, posto em perigo ou lesado pela ação do criminoso”¹⁶.

Mais recentemente, coube a HAMILTON a defesa da atuação do Ministério Público junto aos tribunais. Após analisar criticamente as lições de José Frederico Marques e Tourinho Filho, afirma ele que a atuação como *custos legis* do Ministério Público em segundo grau decorre do fato de, por força de norma constitucional, ser essa instituição essencial à função jurisdicional, e que a ausência de seu parecer acarretaria a nulidade do julgamento¹⁷.

¹⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 85.

¹⁵ GUIMARÃES, João Lopes. A Posição do Ministério Público na Fase Pré-Processual e o Projeto do Código de Processo Penal. **Justitia**, São Paulo, vol. 92, 1976, p. 11.

¹⁶ MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. A Estrutura Filosófica do Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, vol. 45 nº 123, out/dez 1983, p. 33.

¹⁷ HAMILTON, Sérgio Demoro. O parecer criminal do Ministério Público perante os Tribunais: ato essencial do processo. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 15, 2002, p. 256 e 258.

REDEFININDO O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU

Como se pode ver, de um modo ou outro a doutrina atual reproduz os argumentos externados nos julgados já proferidos, seja na defesa da atividade de *custos legis* do Ministério Público em segundo grau, seja em sua definição como parte no processo penal.

O que nos chama a atenção, entretanto, é que, quando da defesa da atuação do Ministério Público como *custos legis*, todos os julgados e autores analisados mais parecem apontar o que desejam que essa instituição venha a ser na segunda instância, ao invés de justificar satisfatoriamente a qualificação que atribuem ao seu agente. Em outras palavras, não encontramos uma linha sequer que esclareça o porquê de o membro do Ministério Público trocar suas funções no processo penal, deixando de ser autor para tornar-se parecerista, pelo simples fato de passar a atuar em sede recursal. Mais que isso, as posições que defendem a atuação como *custos legis* do Procurador de Justiça são pouco claras, sustentando-se em chavões por demais conhecidos, e não explicando porque uma ação penal deve perder seu autor por simplesmente tramitar junto ao segundo grau de jurisdição.

Se nos dedicarmos à leitura fria das previsões constitucionais endereçadas ao Ministério Público, acreditamos que lá encontraremos algo de esclarecedor.

Com o devido respeito à posição sustentada por HAMILTON, o fato de o Ministério Público, segundo o artigo 127 da Constituição Federal, ser considerado “essencial à função jurisdicional do Estado”, pouco ou nada contribui para a discussão aqui travada, pois não esclarece qual papel deva por ele ser exercido, se como autor ou *custos legis*.

Segundo pensamos, sempre que a Constituição Federal se refere ao Ministério Público na esfera criminal, unicamente o vê como autor ou possível autor da ação penal pública. Isso se dá, p. ex., no inciso I do artigo 129, quando prevê que, entre as funções do Ministério Público – e, portanto, não só do Promotor de Justiça –, está a de ser titular privativo da ação penal pública. Essa mesma condição de futuro autor da ação penal é pela Lei Maior assumida quando autoriza aquela instituição a agir extrajudicialmente em temas de natureza criminal, seja acompanhando o trabalho policial (incisos VI, VII e VIII do artigo 129), seja como destinatário das investigações realizadas pelo Poder Legislativo (§ 3º do artigo 58). Logo, essa realidade, por si só, já seria suficiente para desautorizar e tornar inconstitucional qualquer diferenciação de funções entre os membros do Ministério Público nacional, quando atuantes em um mesmo processo penal.

Alguma dúvida poderia surgir em razão da cláusula aberta prevista no inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, ao prever que poderá o Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Assim, para saber se essas *outras funções* dizem respeito à troca de papel que afetaria o Ministério Público de segundo grau – deixando de ser autor, para ser fiscal da lei –, o primeiro a se fazer é analisar o que diz a legislação infraconstitucional sobre o tema.

Primeiramente atendo-nos à Lei nº 8.625/93, que nada mais é do que a Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados, vemos que, quando ela se ocupa da figura dos Procuradores de Justiça, em nenhum momento se refere a eles como meros fiscais da lei. Na verdade, o que faz essa lei é tornar obrigatória a presença de um Procurador de Justiça nas sessões de julgamento dos processos afetos à sua Procuradoria de Justiça (artigo 19, § 1), assegurar-lhe o exercício de suas atribuições junto aos Tribunais (artigo 31) e conferir-lhe a prerrogativa de “ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato” (artigo 41, *caput*, inciso III). Como se vê, em todas essas situações não há a indicação do papel a ser exercido por ele, se como autor ou *custos legis*.

Se essa é uma exegese que se extrai da própria Lei Orgânica do Ministério Público, uma leitura desapassionada das previsões contidas no Capítulo V do Livro III do CPP também não apontará qualquer norma que justifique essa mudança de atitude do Ministério Público.

Embora se refira ao Procurador-Geral de Justiça – e não ao Procurador de Justiça –, o artigo 610, *caput*, simplesmente diz que o processo irá imediatamente com vista a ele e, em seguida, ao relator. Em seu parágrafo único, esse mesmo artigo fixa o prazo às partes, advogados e ao Procurador-Geral para manifestarem-se oralmente. Não se fala em emissão de parecer escrito, e muito menos em redefinição de papéis do Ministério Público.

A única previsão legal que se refere à emissão de parecer pelo Procurador de Justiça é aquela atinente à revisão criminal¹⁸. Contudo, ali o Ministério Público jamais figurou como autor, não ocorrendo, via de consequência, essa alteração de funções que, em um mesmo processo, sustentam os defensores da atividade *custos legis* do Ministério Público em sede recursal.

¹⁸ Artigo 625, § 5º. Se o requerimento não for indeferido *in limine*, abrir-se-á vista dos autos ao procurador-geral, que dará parecer no prazo de 10 (dez) dias. Em seguida, examinados os autos,

Conforme bem aponta MOREIRA, somente há uma única disposição nesse capítulo do CPP que indica não o fato, mas sim a necessidade de o Ministério Público ser parte quando atua na segunda instância. Diz ele respeito à hipótese prevista no artigo 616 do CPP¹⁹, em que o juízo *ad quem* está autorizado a reabrir a instrução criminal para esclarecer pontos obscuros na produção probatória realizada em primeira instância²⁰.

Apesar de essa nova produção de provas dever-se restringir à obtenção de esclarecimentos meramente supletivos, o certo é que novo contraditório deve ser instaurado, dando-se oportunidade às partes de participarem na tomada dos depoimentos, apresentarem perguntas e terem vista do resultado de eventuais perícias ou diligências determinadas pelos julgadores de segundo grau. Em sendo assim, a questão que naturalmente surge é: se o sujeito passivo do processo estará presente e representado por seu defensor, quem figurará como sujeito ativo, representando a sociedade e a vítima ao longo de todos esses atos, já que a condição de *custos legis* exonera o representante do Ministério Público de atuar na condição de parte no processo penal? Ainda: o fato de o Promotor de Justiça estar impedido de atuar em segundo grau faria com que, para satisfazer a condição de fiscal da lei atribuída ao Procurador de Justiça, a sociedade tivesse que ver-se não mais representada nessa nova dilação probatória? Em definitivo: qual representante do Ministério Público exerceria o papel de titular da ação penal pública perante os tribunais, se a condição de *custos legis*, atribuída ao Procurador de Justiça, o impede de assim proceder?

Como se pode observar, na legislação adjetiva não encontramos qualquer norma que aponte para o fato de a ação penal tornar-se acéfala em segundo grau. Ao contrário, há a demonstração da necessidade de o Ministério Público continuar figurando como parte no processo, sob pena de ferimento ao princípio do contraditório na hipótese do artigo 616 do CPP.

Não bastasse isso, uma outra situação pode ser invocada para esclarecer o tema, qual seja, sempre que o CPP autoriza a atuação do Ministério Público como *custos legis*, assim o faz nas hipóteses em que ele não é o autor da ação penal. Nesse sentido,

sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar.

¹⁹ Artigo 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

²⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O parecer do Ministério Público na superior instância. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 11.03.2002.

encontramos sua intervenção nas ações penais privadas, tanto exclusivas como subsidiárias da pública (artigo 45), e na própria revisão criminal já referida. Fora do CPP, mas com caráter complementar a ele, ainda vemos a participação do Ministério Público nos *habeas corpus* em trâmite junto à instância superior, segundo disciplina o Decreto-Lei nº 552, de 25 de abril de 1969.

Logo, essa realidade nos induz a concluir que, como o Ministério Público se apresenta como autor nato das ações penais públicas, essa condição deve acompanhá-lo ao longo de toda sua tramitação, pois não pode a ação penal ficar sem quem a represente junto ao Poder Judiciário, independentemente do grau de jurisdição em que o processo se encontre. Mais que isso, não pode uma das partes simplesmente ficar impedida de transitar em todos os níveis da persecução penal, sob pena de ocorrência – quem diria, patrocinada pelo próprio Ministério Público – de flagrante cerceamento de acusação, por impossibilidade de atuar em igualdade de condições com a defesa. Se assim o fosse, basta imaginar o verdadeiro constrangimento criado pela presença de um assistente de acusação, que comparecesse à sessão de julgamento para sozinho sustentar, em âmbito recursal, os termos da ação penal, já que seu próprio autor estaria impedido de sustentá-la. Aliás, essa foi justamente a situação verificada no primeiro acórdão já analisado do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, nada menos que a lógica impõe ao Ministério Público a manutenção de sua condição de parte no processo penal, mesmo quando o processo se encontre no segundo grau de jurisdição, e seu representante não seja mais o firmatário da ação penal, senão agora um Procurador de Justiça.

ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS NA ATUAÇÃO EM GRAU RECURSAL

Pode parecer um tanto primário termos que lecionar no sentido de que, mesmo no segundo grau de jurisdição, o processo penal necessita de um autor que sustente a pretensão acusatória ajuizada em nome do Estado, sob a justificativa de que, se assim não o for, a ação penal simplesmente ficará acéfala. Contudo, esse era o grande embaraço de ordem dogmática criado pela resistência em encarar o Procurador de Justiça como possuidor da mesma natureza e detentor das mesmas funções que seu colega de primeiro grau.

Como essa questão foi, de uma vez por todas, solucionada com o julgamento do *habeas corpus* 87.926-8, a perspectiva que agora se abre é da necessidade de revisão quanto à forma e momento de atuação do membro do Ministério Público que oficia junto aos tribunais. Do contrário, caso forem mantidas as práticas atuais, ninguém menos que o próprio Ministério Público estará patrocinando milhares de nulidades processuais, em razão da inversão procedimental já reconhecida em sessão plenária pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, antes mesmo de definir-se a ordem de manifestação do Procurador de Justiça no processo a ser julgado, de bom tom deixar claro que, como esse membro do Ministério Público passa a ser visto como parte, sua presença no processo penal segue sendo necessária para a preservação da relação processual estabelecida ainda perante o juízo *a quo*. Ou seja, não é o Procurador de Justiça uma figura em extinção no processo penal, ao contrário do que vozes alarmistas vêm difundindo em âmbito interno daquela mesma instituição. Entretanto, o que sim deve ocorrer é uma profunda e necessária alteração comportamental desse sujeito processual.

Em outras palavras, deve o membro do Ministério Público em segundo grau ter bem em mente que já não há mais espaço para postar-se frente ao processo como se fosse um quarto julgador, como a seu tempo o entenderam os Mins. Francisco Rezek e Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal²¹. Agora, em razão do julgamento do *habeas corpus* 87.926-8, se faz necessário um maior comprometimento do Procurador de Justiça com o resultado do processo, ainda que tenha plena independência para discordar da posição assumida por seu colega de primeiro grau. Em termos práticos, deve ele assumir a postura de acusador, com toda a carga ideológica que esse encargo lhe exija, deixando de lado velhos hábitos que, por certo, não estão presentes em todos os membros do Ministério Público de segundo grau.

A título de exemplo, dele deve ser esperada e exigida uma conduta ativa, interpondo os recursos pertinentes contra as decisões que divergirem das convicções defendidas em

²¹ Ao defender a posição de fiscal da lei no processo penal, mesmo em sede recursal, assim se referiu o ex-Min. Francisco Rezek em relação ao agente do Ministério Público junto ao segundo grau de jurisdição: “Não vejo, nesse aspecto, de modo algum o Ministério Público como parte. Ele é um ator nesse cenário, um sujeito da relação processual, na linguagem dos processualistas, mas a filosofia que inspira, na função de *custos legis*, é substancialmente distinta daquela das partes, e substancialmente análoga à do juiz”. No mesmo sentido foi o voto do Min. Marco Aurélio, ao afirmar que “o Ministério Público, agindo como fiscal da lei – pelo menos é a presunção – o faz com absoluta equidistância. É um sujeito equidistante da relação processual, como também é o juiz” (STF, Adi nº 758-1/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, por maioria de votos, j. em 22-04-1993, DJ 08-04-1994). Entretanto, de bom tom lembrar que o Min. Marco Aurélio participou do julgamento do *habeas corpus* 87.926-8, o que conduz, portanto, a uma revisão dessa posição, em virtude da ocorrência de unanimidade no julgamento desse feito.

sua manifestação no processo. Mais que isso, deve figurar como órgão propulsor da conduta judicial, apontando, se assim julgar necessária, a reabertura da instrução probatória em segundo grau, conforme autoriza o artigo 616 do CPP, nela participando ativamente, não só com sua presença física, mas também perguntando, questionando e formulando quesitos, quando for o caso. Em suma, o membro do Ministério Público deve comportar-se como parte no processo e, principalmente, assumir essa responsabilidade.

Passando à análise das questões de caráter procedimental, nos cabe apontar agora a ordem das manifestações que entendemos correta, quando da chegada do recurso em segundo grau, a fim de que a atuação do Procurador de Justiça não motive a invocação de qualquer nulidade da sessão de julgamento.

Dito isso, de pronto entendemos pela manutenção da ordem prevista no artigo 610, *caput*, do CPP. Ou seja, com a chegada do recurso ao tribunal, deve ser dada vista do processo ao Procurador de Justiça que esteja oficiando junto ao órgão colegiado encarregado de seu julgamento. E assim se faz mais do que necessário para que ele possa tomar conhecimento não só da existência do processo, mas também do tema e questões que serão debatidas na sessão de julgamento, permitindo-lhe chegar com um mínimo de igualdade de condições em relação à defesa, quando da abertura dessa mesma sessão.

Cai por terra, entretanto, o parecer escrito, uma vez que, na condição de parte, já não mais deve o Procurador de Justiça simplesmente opinar sobre a discussão *sub judice*. Por outro lado, mesmo que essa manifestação escrita se revista de outro nome, ela se afigura plenamente dispensável nessa fase de julgamento, em razão do novo papel a ser desempenhado por aquele agente do Ministério Público.

Basta ver que a juntada de qualquer peça, quando destinada ao convencimento dos julgadores, importará na necessidade de instaurar-se um novo contraditório em segundo grau²², tal como já se verifica no direito português²³, o que transformaria essa manifestação escrita em um verdadeiro embaraço para a celeridade dos julgamentos. Aliás, de bom tom

²² CRUZ, Rogério Schietti Machado. Ob. cit., p. 500. SILVA, Edson Alexandre da; MARQUES, Tarcísio. Lesão ao princípio do contraditório e da isonomia na esfera da instância superior no que pertine à manifestação da procuradoria de justiça. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 18.03.2008.

²³ Artigo 417 CPP Português.

1. Colhido o visto do Ministério Público o processo é concluso ao relator para exame preliminar.
2. Se, na vista a que se refere o artigo anterior, o Ministério Público não se limitar a apor o seu visto, o arguido e os demais sujeitos processuais afectados pela interposição do recurso serão notificados para, querendo, responder no prazo de 10 dias.

lembrar que, frente à legislação acima analisada, tampouco há previsão da existência desse parecer, cuja insistência do Ministério Público em apresentá-lo já motivou verdadeiros constrangimentos apontados por ninguém menos que o Superior Tribunal de Justiça²⁴.

Corroborando nossa opinião, vemos que, ainda ao tempo em que a atuação do Procurador de Justiça estava atrelada à função de *custos legis*, o próprio parecer escrito era visto como peça prescindível à normal tramitação do processo. E essa prescindibilidade da peça escrita se encontra legislada no Decreto-Lei nº 552, de 25 de abril de 1969, que trata do julgamento de *habeas corpus* pelos tribunais estaduais ou federais²⁵. Com isso, se alguma manifestação escrita quiser ser mantida pelo Ministério Público nesse grau de jurisdição, a fim de se dar uma maior satisfação à sociedade sobre o trabalho que vem sendo realizado pelos seus membros em segundo grau, deverá ela ser oferecida sob a forma de memoriais aos julgadores, prática francamente exercida pela defesa ou em feitos civis de natureza mais complexa.

Com o parecer escrito extinto, entendemos que, antes de ser um direito das partes, a sustentação oral do Ministério Público se torna uma prática mais que necessária no desempenho de suas funções. Na verdade, esse será o instrumento de publicização da atividade daquela instituição junto ao segundo grau, dela fazendo uso para demonstrar claramente à sociedade que a atuação de seu representante está comprometida com a preservação do interesse público protegido pela norma penal violada. Logo, em termos estratégicos, a sustentação oral do Procurador de Justiça deve ser encarada como um ato de

²⁴ Nos referimos à possibilidade de haver nada menos que três posições distintas em sede recursal, todas elas sustentadas pelo Ministério Público. Basta lembrar que o Promotor de Justiça pode recorrer utilizando um determinado argumento, o Procurador de Justiça que emita o parecer escrito poder opinar pelo parcial provimento do recurso, e o Procurador de Justiça presente na sessão de julgamento posicionar-se pelo total improvimento do recurso interposto por seu colega de primeiro grau. Como já referiu o Min. Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça, “não há nem prazo para o Ministério Público se manifestar, em virtude de sua condição de fiscal da lei, inclusive com a possibilidade, como ocorre, embora talvez não fosse o desejável, da divergência daquele que se manifesta na assentada de parecer outro, escrito por colega. Isto não é incomum” (voto proferido no HC nº 41.667/SP, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, por maioria de votos, j. em 15-09-2005).

²⁵ Artigo 1º, *caput*. Ao Ministério Público será sempre concedida, nos Tribunais Federais ou Estaduais, vista dos autos relativos a processos de ‘habeas corpus’ originários ou em grau de recurso pelo prazo de 2 (dois) dias.

§ 1º. Findo esse prazo, os autos, com ou sem parecer, serão conclusos ao relator para julgamento, independentemente de pauta.

natureza obrigatória por parte do Ministério Público, esteja ou não a defesa presente à sessão de julgamento²⁶.

Superadas essas questões, e aberta a sessão de julgamento, há que se ter em conta não só o pólo da relação processual que interpôs o recurso, mas também o tipo de ação penal que se trata, pois, para cada situação, entendemos dever ser respeitada uma sistemática distinta.

Nas ações penais públicas em que o recurso houver sido interposto pelo réu, por certo que primeiramente caberá à defesa fazer sua sustentação oral na sessão de julgamento, sempre que assim a entenda necessária. Caberá, portanto, ao Ministério Público manifestar-se somente após a defesa, rebatendo de modo oral os argumentos defensivos anteriormente apresentados aos julgadores. Observa-se, assim, não só o respeito ao princípio do contraditório – que, nunca é demais lembrar, também assiste ao acusador público –, mas também a própria sistemática já empregada frente ao juízo *a quo*, em que o réu apresentou seus argumentos recursais por escrito, e o Ministério Público apresentou sua oposição, igualmente por escrito, a tais argumentos defensivos. Nenhum prejuízo adviria ao réu recorrente, em razão da manutenção de uma prática já verificada e consagrada em primeiro grau, inexistindo mácula a qualquer princípio processual penal previsto em nosso ordenamento jurídico.

Já, no que diz respeito às ações penais públicas em que o recurso houver sido interposto pelo órgão acusador, naturalmente a ordem a seguir deve ser inversa. Com isso, o primeiro a manifestar-se oralmente na sessão de julgamento será o representante do Ministério Público, cabendo ao defensor do recorrido, se assim o entender, apresentar sua contrariedade também de modo oral. Com esse roteiro, novamente se respeitará a observância ao princípio do contraditório, e nenhum princípio processual restará ferido quando do julgamento do recurso.

Por fim, no que diz respeito às ações penais privadas, acreditamos que a ritualística a ser seguida se assemelha àquela estabelecida pela antiga redação do § 2º do artigo 500 do CPP.

²⁶ Por certo que essa prática naturalmente poderá provocar eventuais entraves nos julgamentos dos recursos, já que a celeridade antes verificada nas sessões de julgamento se verá prejudicada com as sustentações orais do Ministério Público. Contudo, esse é um direito que assiste à acusação exercer, tal como reconhecido em relação à defesa, devendo os tribunais se ajustarem a uma nova realidade provocada pelo teor da decisão do *habeas corpus* 87.926-8.

Em relação aos processos iniciados por ações penais privadas subsidiárias da pública, a função exercida pelo Ministério Público não é a de mero *custos legis*. Na verdade, segue ele sendo o guardião dos interesses preservados nas ações penais públicas, uma vez que, em caso de negligência do querelante, retomará o Ministério Público a titularidade do pólo ativo do processo²⁷. Seu comprometimento psicológico com o fato narrado na peça inicial será sempre aquele próprio de um possível acusador – ou de um acusador de plantão –, ainda que seu interesse no processo seja unicamente objetivo, como de resto deve ser em todos os feitos criminais em que atue²⁸.

Já, quanto às ações exclusivamente privadas, embora de existência limitada no dia-a-dia forense, também elas sofrem forte carga fiscalizatória do Ministério Público, em razão de, além de dever acompanhar toda sua tramitação, igualmente possuir poderes para aditá-la, nos termos do artigo 45 do CPP. Ou seja, pode o Ministério Público, sob certas circunstâncias, figurar como co-firmatário da pretensão punitiva, mesmo que decorrente de crime de ação penal exclusivamente privada.

Por tudo isso, cremos que, figure o querelante como recorrente ou recorrido, a manifestação do Ministério Público, no segundo grau de jurisdição, obedecerá a uma mesma ordem, qual seja, ser realizada tão-só depois daquele.

A POSIÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA JUNTO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Até aqui se viu que, quando o juízo *ad quem* é provocado a manifestar-se em razão da interposição de recurso, o Ministério Público com assento junto ao segundo grau de jurisdição agora deve ser encarado como parte no processo penal, ao invés de revestir-se, como historicamente ocorria, tão-só das funções e da condição processual de *custos legis*. Isso importa dizer que a própria ordem das sustentações orais, ao longo das sessões de julgamento, necessariamente de ser revista, sendo estabelecida de acordo com a

²⁷ Artigo 29 CPP. Será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte.

preservação do princípio do contraditório, ou seja, em primeiro lugar fala a parte que interpôs o recurso, seguida da manifestação oral da parte recorrida.

O que nos chama a atenção, contudo, é a posição a ser assumida pela Procuradoria-Geral da República nas hipóteses de processos criminais oriundos da Justiça Estadual, mas que podem chegar aos Tribunais Superiores. Em outras palavras, em razão de o Ministério Público Federal não haver figurado como parte ao longo de todo o processo, passará ele a essa condição – qual seja, a de parte na relação processual instaurada – sempre que houver a interposição dos recursos extraordinário e/ou especial, mesmo em se tratando de um processo originário da Justiça Estadual?

Essa é uma questão que não foi abordada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *habeas corpus* 87.926-8. Entretanto, sua definição se faz mais que necessária, pois há que se saber quem figurará no pólo ativo do processo, caso o Ministério Público Federal mantenha sua condição de mero fiscal da lei em situações dessa natureza.

Longe de ser um tema novo em âmbito processual penal, ninguém menos que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já teve oportunidade de posicionar-se sobre essa questão no julgamento que ficou conhecido como o *Caso Delcourt*.

Em termos mais específicos, aquela Corte foi provocada a manifestar-se sobre possível violação ao princípio da igualdade de armas em um processo movido contra um cidadão belga (sr. Emile Delcourt), processado e condenado em seu país pela prática dos crimes de estelionato, emissão de cheques sem provisão de fundos, falsificação de documentos e uso de documentos falsos para abertura de conta-corrente em diversas instituições bancárias. O motivo da desigualdade de armas dizia respeito ao fato de o Ministério Público belga possuir assento junto ao Tribunal de Cassação de seu país, situação que, comparativamente, equivaleria à presença da Procuradoria-Geral da República junto aos Tribunais Superiores brasileiros.

De acordo com o Tribunal Europeu do Direitos Humanos, essa situação não daria motivo à mácula de qualquer princípio processual penal, em especial ao da igualdade de armas. Segundo ele, quando em atuação junto a tribunais não-ordinários, a função do Ministério Público se caracteriza por manter-se como *custos legis*, deixando a condição de

²⁸ Sobre os interesses objetivo e subjetivo no processo penal, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 127-135.

parte – que seria o requisito primeiro para a admissão de ferimento ao princípio da igualdade de armas – aos membros que atuaram em instâncias já superadas da Justiça belga²⁹.

Um indicativo de que essa também venha a ser a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal – reconhecendo a função de *custos legis* ao Ministério Público Federal – reside na análise da legitimidade ativa dessa última instituição. Em outras palavras, há uma clara delimitação quanto às atribuições dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, cabendo ao primeiro a atuação em fatos de competência da Justiça Federal, e ao segundo a atuação em fatos de competência da Justiça Estadual. Com isso queremos dizer que obviamente jamais o Ministério Público Federal poderá vir a assumir a condição de parte em um processo penal originário da Justiça Estadual – para o qual a própria lei não lhe confere a condição de legitimado ativo –, simplesmente em razão de esse feito haver chegado aos Tribunais Superiores pela via recursal.

Em sendo assim, ao manter-se a condição de *custos legis* do Ministério Público Federal, logicamente também deve haver uma definição quanto à manutenção da condição de parte do Ministério Público Estadual, relativa aos feitos originariamente ajuizados por ele. Isso importará em reconhecer-lhe, inclusive, a possibilidade de fazer-se presente às sessões de julgamento, sustentar oralmente e até mesmo interpor todos os recursos que entenda necessários à preservação de seus interesses como parte, ainda que perante um Tribunal Superior³⁰.

E assim o é porque simplesmente inexistente vedação dogmática e muito menos previsão legal que impeça o autor de qualquer ação – civil ou penal – acompanhar a tramitação do

²⁹ Da fundamentação apresentada, se extrai o seguinte trecho: “Le parquet de cassation n'est pas davantage l'adversaire virtuel des accusés et prévenus dont la condamnation ou l'acquittement peuvent donner lieu à un pourvoi, et il ne devient pas leur adversaire effectif quand il conclut devant la Cour au rejet de leur thèse. Assurément, les magistrats des parquets de première instance et d'appel n'ont pas non plus la qualité d'accusateurs publics: l'article 4 du titre VIII du décret des 16 et 24 août 1790 le précise expressis verbis. Eux aussi doivent servir en toute objectivité un intérêt général, et notamment veiller à l'observation des lois qui concernent l'ordre public” (Caso DELCOURT. Recorrente: Emile Delcourt; recorrido: o Reino da Bélgica; julgado em 17 de janeiro de 1970. Disponível na internet: <http://unjf.fr>, 29.04.2008).

³⁰ Essa é a posição assumida pela Procuradoria de Recursos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por entender haver legitimidade recursal concorrente entre os Ministérios Públicos Federal e dos Estados, sempre que os feitos iniciados por estes últimos chegarem aos Tribunais Superiores pela via recursal. Do contrário, sustenta haver clara violação à autonomia e independência funcionais asseguradas constitucionalmente aos Ministérios Públicos Estaduais, por estarem dependentes da vontade do Ministério Público Federal em recorrer sobre temas originalmente de competência da Justiça Estadual.

processo por ele mesmo iniciado, seja em que instância for³¹. Ao contrário, é da lógica de qualquer sistema recursal que o autor, figurando como recorrente ou recorrido, esteja presente na sessão de julgamento para defender seus interesses. Se esse é um direito reconhecido de modo incondicional ao réu, não haveria o porquê de assim não o ser também em relação ao autor, sob pena de ferimento ao princípio da igualdade de armas, patrocinado por ninguém menos que o próprio Poder Judiciário.

Portanto, criado o fato pelo Supremo Tribunal Federal, a lição contida no julgamento do *habeas corpus* 87.926-8 deve ser levada às suas últimas e necessárias conseqüências, permitindo ao Ministério Público Estadual exercer seu papel de parte, em razão da manifesta ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, com assento nos Tribunais Superiores, figurar como autor de ações penais oriundas da Justiça Estadual.

DIVERGÊNCIA ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

As primeiras impressões que colhemos junto a um grupo de destacados Procuradores Justiça, todos com atribuição na esfera criminal, foi no sentido de verem com bons olhos a redefinição de seus papéis em sede recursal. Entretanto, uma questão nos foi apresentada, de modo a justificar, ainda que em situações pontuais, a necessidade de aquele agente do Ministério Público manter sua condição de fiscal da lei.

Em síntese, bem se sabe que o Procurador de Justiça não está vinculado aos termos do recurso interposto por seu colega de primeiro grau, podendo dele divergir e posicionar-se por seu não-acolhimento pelo juízo *ad quem*. Assim sendo, o receio existente diz respeito às

³¹ Ainda que de forma isolada, é possível encontrar julgados que seguem essa mesma linha de pensamento. Nesse sentido, encontramos a posição assumida pelo ex-Min. Ruy Rosado de Aguiar, ainda que vencida, reconhecendo a manutenção da legitimidade ativa do Ministério Público Estadual, e a condição de *custos legis* do Ministério Público Federal junto ao Superior Tribunal de Justiça. De seu voto extraímos a seguinte passagem: “Sr. Presidente, compreendo bem os fundamentos do voto do eminente Ministro-Relator, dos precedentes que foram arrolados e da orientação do Tribunal, mas parece-me que, do art. 23 da Lei Complementar nº 75, não se pode extrair a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para ingressar, no âmbito do STJ, com os recursos cabíveis das decisões que foram tomadas em recurso por ele interposto. No caso, o Ministério Público Federal atuará na função de *custos legis*, mas a parte é o Ministério Público Estadual. Não vejo como impedir que a parte autora da ação, a recorrente, promova o seu recurso, porque não é incompatível com a regra da lei complementar que diz que, nos tribunais superiores, atuará o Ministério Público Federal. E continuará atuando, mesmo neste recurso, mas não se pode, penso, proibir a representação da parte” (STJ, Embargos de Divergência em REsp nº 252.127/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, j. em 02-02-2005).

conseqüências de um eventual requerimento de improvimento, apresentado pelo Procurador de Justiça, em processo cujo apelo foi interposto pelo Promotor de Justiça. Em termos mais simples, esse *requerimento* apresentado pelo Ministério Público de segundo grau – já que não existiria mais o *parecer* – seria encarado como um ato de desistência do recurso interposto pelo Ministério Público de primeiro grau? E além desse questionamento, agregamos outro: um requerimento de parcial provimento do recurso de igual modo restringiria o âmbito do exame do recurso a ser realizado pelo julgador *ad quem*?

Essa discussão nos faz recordar a tentativa de conhecida corrente doutrinária e jurisprudencial que, utilizando-se de argumentos desprovidos de base científica e tampouco histórica, vem tentando implantar a cultura da privatização do processo penal. A título de exemplo, lembramos os esforços para inviabilizar a iniciativa probatória *ex officio judicis*, bem como a vinculação obrigatória do julgador a eventual pedido de absolvição feito pelo Ministério Público³².

Pois bem; na nossa forma de ver, essa questão bem poderia ser resolvida com a aplicação dos princípios que regem a ação penal pública e os recursos interpostos por seu autor. Ou seja, ambos, uma vez ajuizados ou interpostos, regem-se pelo princípio da indisponibilidade, não podendo o Ministério Público da ação e do recurso desistir. Contudo, para dar ares de maior legalidade à nossa posição, nada impede que, em caráter analógico, se aplique também à esfera recursal a disposição contida no artigo 385 do CPP, ao permitir que o julgador divirja do acusador público para condenar o réu, mesmo frente a um pedido de absolvição apresentado pelo autor da ação penal.

Seguindo-se o caminho sugerido, acreditamos que nenhum constrangimento adviria ao Procurador de Justiça pelo fato de divergir de seu colega de primeiro grau, deixando de ser visto como o responsável pelo insucesso de um recurso interposto pela própria instituição a que pertence.

³² Sobre a incorreção dos argumentos que levam à privatização do processo penal, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit.

CONCLUSÃO

Os anos de discussão em torno do papel a ser exercido pelo Ministério Público em segundo grau fizeram com que, de longa data, fosse esperada uma manifestação mais contundente por parte da Corte última de nosso país. E essa manifestação veio com o julgamento do *habeas corpus* 87.926-8, que optou por uma visão mais conforme não só com a dogmática processual, senão também com a própria lógica.

Com a definição de que o Ministério Público, independentemente do grau de jurisdição em que o processo se encontre, sempre será visto como parte nos feitos iniciados por ação penal pública, a palavra agora está com essa mesma instituição. Dela se espera a tomada do próximo passo, com a realização de discussões em âmbito interno para definir a necessidade, forma e ordem de sua atuação em sede recursal.

A título de sugestão, apresentamos proposições que buscam ajustar-se aos termos da posição já manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por base, inclusive, a aplicação analógica de normas que estão ou estiveram presentes no CPP. Ademais, ao ser reconhecido como *parte*, passa o Ministério Público, com assento em segundo grau, a também ser sujeito dos mesmos direitos até então só invocados – e, por vezes, só reconhecidos – em benefício da defesa, em especial o próprio princípio do contraditório e o princípio da igualdade de armas ou de partes.

Enquanto essa definição seguir sendo postergada, estará o Ministério Público conscientemente contribuindo para uma prática motivadora de nulidade do julgamento, reconhecida por ninguém menos que o Tribunal Pleno de nossa Corte Constitucional. E essa omissão poderá acarretar na sua inevitável responsabilização política, já que aquele que, pela Constituição Federal, foi erigido à condição de representante da sociedade, estará labutando francamente contra os interesses de quem representa, ao permitir que processos criminais sejam anulados por um fator do qual já tinha conhecimento e poderia havê-lo evitado.

REREFÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Atuação do Ministério Público no Processamento dos Recursos Criminais face aos Princípios do Contraditório e da Isonomia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 737, mar. 1997, p. 491-500.
- DÓRO, Tereza Nascimento Rocha; GRECCO, Leonardo. O parecer acusatório do Procurador de Justiça nos autos da apelação criminal (Da notória desigualdade de armas no duelo entre promotor de justiça e advogado). Disponível em internet: www.direitocriminal.com.br, 05.10.2001.
- GUIMARÃES, João Lopes. A Posição do Ministério Público na Fase Pré-Processual e o Projeto do Código de Processo Penal. **Justitia**, São Paulo, vol. 92, 1976, p. 11.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. O parecer criminal do Ministério Público perante os Tribunais: ato essencial do processo. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 15, 2002, p. 255-261.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª. ed., 2ª. Tiragem. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. IV.
- MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. A Estrutura Filosófica do Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, vol. 45, nº 123, out/dez 1983, p. 25-39.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O parecer do Ministério Público na superior instância. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 11.03.2002.
- PERES, César. Sustentação oral. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 17.09.2003.
- SILVA, Edson Alexandre da; MARQUES, Tarcísio. Lesão ao princípio do contraditório e da isonomia na esfera da instância superior no que pertine à manifestação da procuradoria de justiça. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 18.03.2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. II.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo. Saraiva, 1995.

