

# A ordem de sustentação oral nos processos criminais perante os Tribunais: uma leitura acerca do espectro do que decidido pelo STF no HC N° 87.926-SP

**Autor: Douglas Fischer**

Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS e Professor.

publicado em 30.04.2009

Verdadeiro *leading case* acerca do tema, no julgamento do HC n° 87.926-SP (Relator Ministro Cezar Peluso, Plenário, julgado em 20.02.2008, publicado no DJ em 25.04.2008), em que se debatiam procedimentos havidos em **ação penal pública**, decidiu-se que, em caso de haver recurso **exclusivo** da acusação, o representante do Ministério Público, mesmo que na qualidade de *custos legis* (para o e. Relator, o Ministério Público é **sempre parte** na ação penal, em qualquer grau de jurisdição), deve se manifestar na sessão de julgamento **antes** da sustentação oral da defesa, como forma de concretizar o princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias da ampla defesa e, especialmente, do contraditório (art. 5º, LIV e LV, CF). Além disso, definiu-se que o direito de a defesa falar por último na situação concreta (recurso **exclusivo** da **acusação**) era imperativo que decorria do próprio sistema e que eventual inversão na ordem acarretaria (necessariamente) prejuízo à plenitude da defesa. Reconheceu-se, portanto, naquela situação, que o disposto no parágrafo único do art. 610 do CPP viola o devido processo legal.

Do que se compreende do voto do eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, defendeu sua Excelência (o que

não estava em pauta no julgamento do **caso concreto**, pois a discussão era a ordem de sustentação quando houvesse recurso **exclusivo** da acusação) que

“ainda que invoque a qualidade de *custos legis*, o representante do Ministério Público **deve sempre pronunciar-se**, na sessão de julgamento de recurso, **antes da sustentação oral da defesa**” (p. 7 do voto).

Enfatizou, em seguida, que entende que

“fere, igualmente, as garantias da defesa todo expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar a palavra por último, em sustentação oral, **sobretudo** nos casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação” (p. 8 do voto).

Cremos estar acertada a decisão quanto à **conclusão** no sentido de que, **no caso concreto**, a sustentação oral deveria ser feita primeiramente pelo Ministério Público, mesmo quando, eventualmente, não se defendesse a tese objeto do recurso acusatório (Princípio da Independência Funcional – art. 4º da LC 75/93 e art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.625/93). Não nos restam dúvidas: à luz de uma Constituição **garantista** (na verdadeira concepção e acepção do termo, buscada na origem dos ensinamentos de Ferrajoli), **quando se tratar de recurso exclusivo da acusação**, o contraditório impõe que a defesa fale por último, como se dá no curso normal do processo penal até ser exarada decisão (seja em primeiro grau, seja nos tribunais). Compreendemos que o princípio do contraditório – mais ele que a própria invocação do princípio da **ampla defesa** – pressupõe exatamente seja garantida à defesa a possibilidade de **rebater** as teses acusatórias. E, para **rebater**, a cronologia é óbvia: deve falar por último. Claro: se no curso do processo penal houver alguma inversão da ordem dos atos, há se analisar se a inversão

efetivamente importou em prejuízo (notadamente) à defesa.

Ulteriormente, referido entendimento restou também sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, embora não reconhecendo nulidade no caso concreto, reafirmou:

**“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INVERSÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA. SÚMULA 284 DO PRETÓRIO EXCELSO E SÚMULA 07 DESTA CORTE. PRECEDENTE DO PRETÓRIO EXCELSO. PRERROGATIVA DA DEFESA DE SE MANIFESTAR POR ÚLTIMO. [...] 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.”**  
(Recurso Especial n. 966.462/RJ, Relator Ministro Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, julgado em 07.08.2008, publicado no DJ em 10.11.2008)

É de se ver que, pela **ementa**, o Superior Tribunal de Justiça **parece** ter ido **além** do que firmado no precedente invocado. Salvo melhor juízo, deflui que o STJ acabou reconhecendo que **sempre** o *Parquet* deverá falar por último. Como, de modo reiterado, será dito aqui (**porque, parece, os tribunais já de algum tempo estão se vinculando muitas vezes mais à ementa que ao que efetivamente decidido ou diante das peculiaridades do caso concreto**), no julgado do STF, em nossa leitura, o único voto que defendeu explicitamente a necessidade de **sempre** o Ministério Público falar primeiro foi o do relator, Ministro Peluso. Nenhum dos demais integrantes do julgado na Corte Suprema aderiu a tal posicionamento, muito menos foi

objeto de deliberação (uma vez que, como dito, a cognição do caso concreto impunha limites: tratava-se de caso em que o recurso era **exclusivo** da acusação).

Frisando-se haver total concordância com as **conclusões** da Corte Suprema **para o caso concreto** antes mencionado, mister destacar que se ousa discordar dos **argumentos** do voto-condutor no sentido de que o Ministério Público deverá **falar sempre** antes da defesa (embora, reitere-se, esse não fosse o tema posto em debate no caso, em que se discutia a ordem da sustentação oral quando houvesse **recurso exclusivo da acusação**). Em nossa compreensão, ao menos da leitura da **íntegra** do julgado, nenhum dos demais votos proferidos naquela assentada assentou explicitamente tal linha de raciocínio.

De qualquer forma, com todas as **vênias**, assim não nos parece a melhor hermenêutica, a adotada pelo ministro Relator, como **fórmula genérica** para a questão ora em debate. Consta do voto do relator que “o direito de a defesa falar por último decorre, aliás, do próprio sistema normativo como se vê, sem esforço, a diversos preceitos do Código de Processo Penal. As testemunhas da acusação são ouvidas antes das arroladas pela defesa (art. 396, *caput*). É conferida vista dos autos ao Ministério Público e, só depois, à defesa, para requerer diligências complementares (art. 499), bem como para apresentação de alegações finais (art. 500, incs. I e III). A defesa manifesta-se depois do Ministério Público, ainda que funcione este apenas como *custos legis*, o que ocorre nas ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, de iniciativa privada: determina o art. 500, § 2º, que o Ministério Público, nesses casos, tenha vista dos autos depois do querelante – e, portanto, antes do querelado”. As premissas são verdadeiras, não nos restam dúvidas. Mas **não podem** levar a **conclusões automáticas** se não for incluída uma (outra) premissa,

que pode variar conforme o desiderato do processo penal. Com efeito, a garantia de a defesa falar por último decorre como corolário especialmente do contraditório (também, de certa forma, da **ampla defesa**) quando está em busca, pela acusação, de uma pretensão condenatória (embora, como bem dito no voto do Ministro Carlos Britto no precedente em análise, o *Parquet* não pode jamais ser “**confundido com um raivoso órgão de acusação**”, o que justifica o seu dever de postular a absolvição, se assim entender correto). Mas, se a pretensão à condenação for atendida (e aqui se apresenta a premissa que temos por relevante incluir no raciocínio silogístico, como uma variante possível), eventual ataque à decisão será feito pela defesa (melhor dizendo, em **favor da defesa**, porque o *Parquet* também tem legitimidade e interesse para recorrer em prol do réu). A pretensão acusatória mediante a observância do devido processo legal foi realizada, com a defesa falando **sempre** por último. Não por outro motivo que, corretamente em nossa compreensão, o interrogatório (principal meio de defesa) foi hoje incluído no sistema do CPP como **último ato** do processo. Observe-se bem: todas as normas invocadas pelo e. Ministro Peluso (suas premissas) referem-se ao procedimento adotado na formação da culpa em primeiro grau de jurisdição. Tem razão, no ponto. Até a sentença, inviável se falar em inversão do procedimento, devendo a acusação sempre apresentar seus argumentos para permitir que a defesa, querendo, contra-argamente a pretensão persecutória. **(1)** Garantir que a defesa fale por último quando da sustentação oral em havendo recurso **exclusivo** da acusação é corolário inafastável da ampla defesa. Repete-se: correta a decisão no caso concreto.

Contudo, a partir das premissas anteriores, foi-se além (e de forma equivocada, pensamos) ao ponto de restar plasmado no posicionamento (ao menos do relator) que regras legais, concatenadas com os princípios do

contraditório e ampla defesa, imporiam **sempre** ao *Parquet* falar **por** **último**.

Não pode ser assim, com o devido respeito. É que, no momento em que o **recurso** é **exclusivo da defesa**, entendemos que não se pode mais adotar o mesmo raciocínio até então desenvolvido. É dizer: se a pretensão está no **desfazimento** da decisão condenatória, o ataque (à sentença) agora é feito (apenas) pela defesa, não mais pela acusação (mediante a denúncia, acolhida pelo julgador, total ou parcialmente). A propósito, o Ministro Carlos Britto, em seu voto no julgador em comento, bem apreendeu essa questão, quando disse que

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

Em nossa interpretação, quando o **recurso for exclusivo da defesa**, sem desbordar em absolutamente nada do princípio do contraditório, a paridade de armas (*par conditio*) impõe que, **neste caso**, o Ministério Público tenha a oportunidade de **contraditar** o que pretende a defesa. O **ataque** não é mais do titular da ação penal, mas do réu (ou melhor, **em favor do réu**), que não concorda com a decisão exarada em seu desfavor. Noutras palavras, a defesa (ou quem recorre em seu favor) deverá, sim, falar primeiro, porque o que está em jogo, nesse momento, é a pretensão exclusiva da defesa, não mais da acusação, já atendida (é verdade

que de forma **provisória**, mas atendida). A pretensão (à condenação, mesmo que parcial) não é mais acusatória, mas defensiva (nulidade, absolvição ou, se menos, redução da condenação). Querer que o Ministério Público fale **sempre antes** da defesa em hipótese de recurso exclusivo da defesa gerará necessidade de o *Parquet* ter que **adivinhar** o que a defesa pretende desenvolver em sua defesa oral. Não lhe será permitido **contraditar** nada, mas **tentar contraditar** com base em meras conjecturas do que, efetivamente, poderá ser dito da tribuna ou eventualmente colocado no recurso em prol da defesa (**não há se esquecer: a sustentação oral é apenas um reforço ao recurso já posto nos autos**). Uma inversão lógica das coisas, *maxima venia*. É dar-se armas diversas para as partes, quebrando a paridade do (verdadeiro) **devido processo legal** e em prejuízo da acusação (art. 563, CPP).

É verdade que pode acontecer, e seguidamente ocorre (e esse é o ponto que se pretende explorar a partir do precedente), que **a pretensão acusatória seja acolhida parcialmente**, estando para análise em órgão recursal superior **inconformidade de ambas as partes**: da acusação e da defesa. Tem-se visto alguns posicionamentos de tribunais no sentido da aplicação **quase cartesiana** do **precedente** antes citado (HC nº 87.926-SP) – aliás, não raro isso tem ocorrido, pela mera **repetição** das ementas, sem que se acorra pelo menos aos **fundamentos** do debate – no sentido de que, havendo também recurso do Ministério Público (qualquer que seja a pretensão deduzida) ou então do assistente (que atua de forma **supletiva**), falará sempre o *Parquet* primeiro na sustentação oral perante o julgamento na Corte recursal. *Data venia*, novos equívocos, decorrentes da falha na elaboração das premissas e, também, de falácias interpretativas. Há muito entendemos como pertinentes – e aqui reiteramos – os ensinamentos de Laurence Tribe e Michael Dorf,<sup>(2)</sup> que destacam que o

intérprete não pode incidir em duas falácias interpretativas fundamentais (*two interpretive fallacies*): a *dis-integration* e a *hyperintegration*. Incide-se na falácia da *dis-integration* quando se analisa a Constituição (ou a lei *stricto sensu*) como sendo um feixe desconectado de princípios, valores e regras (dizemos ainda, como um desdobramento: de seus **sentidos**). A *hyperintegration* se verifica quando o intérprete tem uma visão limitada da amplitude do conjunto da obra constitucional (ou dos fins de seus preceitos), restringindo-se a compreendê-la como uma rede, porém sem qualquer **costura**, decorrente de nítida **postura reducionista**. Os julgados que estão assentando que, em casos de recursos do Ministério Público e da defesa, falará sempre primeiro a acusação incidem nas duas grandes armadilhas argumentativas, com todas as vênias de estilo.

Prosseguindo, parece-nos que a solução deva passar pela **compabilização** da situação sob análise (recursos de ambas as partes, acusação e defesa) ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal (nos limites postos naquele precedente, dizemos insistentemente).

Já adiantamos (e depois fundamentaremos) como deva ser adotado o procedimento: a) em relação ao recurso do Ministério Público ou da assistência, deverá se manifestar no tribunal, em primeiro lugar, o *Parquet*, mas limitado a falar inicialmente **só** sobre esse recurso; b) depois, falará a defesa, contraditando o recurso do *Parquet* e defendendo o seu recurso (a ordem de **como fazer**, escolhe a defesa); c) por fim, novamente deverá ser conferida palavra ao Ministério Público para que se manifeste **unicamente** sobre o recurso da defesa. É dizer: precisa-se garantir o (verdadeiro) **contraditório** em relação à pretensão deduzida pela defesa.

Em caso de haver mínimo **avanço** desses limites para



além do que previamente estabelecido (limites do pedido recursal), por qualquer um dos que estejam fazendo a defesa oral perante o tribunal, deverá ser concedida oportunidade à parte adversa a se manifestar novamente (como garantia exatamente do princípio do contraditório). Ou seja, se, em sua **segunda manifestação** (propiciada para falar **unicamente** sobre o recurso da defesa), o *Parquet* retomar e insistir em argumentos expostos anteriormente para reafirmar – mesmo que indiretamente – a pretensão objeto do recurso do Ministério Público (ou do assistente), deverá ser garantido à defesa retorquir uma vez mais os argumentos na parte em que (indevidamente) avançou a sustentação ministerial, que deveria estar limitada a apenas rebater a pretensão deduzida no recurso defensivo. Isso é contraditório, ao menos para nós!

Há quem sustente que, nesta solução proposta, haveria quebra de armas, na medida em que o Ministério Público **falaria duas vezes**. De fato, falaria duas vezes. Entretanto, falar duas vezes não significa qualquer quebra de paridade de tratamento ou de armas, salvo se o limite que se permite na exegese dos fatos é ver o número de vezes (**e não o quê, nem fundamentos constitucionais, muito menos os motivos**) que as partes falam. Aliás, não se pode perder de vista que essa hipótese é muito corriqueira. E os exemplos são importantes para permitir uma visualização mais rápida das incongruências de certos posicionamentos. Com efeito, trazendo um a lume, em casos de recurso exclusivo da acusação, feita a sustentação oral pelo *Parquet*, traz explicitamente a defesa – da tribuna – fatos **novos** que não foram objetos da argumentação expendida no recurso escrito. O que se faz? Permite-se ao Ministério Público **falar novamente** sobre o **fato novo**. Falou **duas vezes**, nem por isso há nulidade decorrente de suposta violação do devido processo legal. O que se permitiu foi exatamente fazer valer a

verdadeira

*par*

*conditio.*

Nessa toada, exigir que o Ministério Público fale **sempre** primeiro (quando houver recursos da acusação e da defesa) aí sim é impor ônus ao *Parquet* (com verdadeira inversão processual, incorrendo no que denominamos há algum tempo de **garantismo hiperbólico monocular(3)**) de ter que se antecipar (mediante verdadeiro exercício de **adivinhação** – e não há outro termo para utilizar) ao que **provavelmente** irá dizer a defesa da tribuna, inconformada com a decisão na parte por ela recorrida (sucumbência **só sua** nesse espectro). Traz-se exemplo que chega aos limites do paradoxal. E o exemplo é real, verdadeiro, já ocorrido. Estavam em pauta dois recursos perante o tribunal: o da acusação, que pugnava **unicamente** pelo aumento de pena-base (circunstâncias do art. 59 do CP); o da defesa, com inúmeras preliminares de nulidades, provas acerca da autoria, materialidade, excludentes de ilicitude, inúmeros tópicos. Mais um detalhe (que não alteraria nosso raciocínio, mas que conduz o caso às raias do surrealismo): o parecer escrito do Ministério Público (em segundo grau) era pelo **desprovemento** da pretensão da própria **acusação** (limitada à discussão do aumento de pena, reitere-se). Invocando-se o “**precedente**” do STF, a Corte Regional obrigou o órgão oficiante em segundo grau que falasse **necessariamente primeiro** sobre **todos os** aspectos, inclusive sobre o recurso da defesa. Compreendeu-se que a admissão das intervenções do Ministério Público quebraria a paridade de armas. Não se disse **como** haveria a (suposta) quebra de isonomia, mas assim se impôs. Insiste-se: a divergência é unicamente argumentativa. Mas a situação narrada, em nossa compreensão, viola diretamente a melhor compreensão acerca da interpretação harmônica dos sistemas constitucional e legal, implicando diretamente inversão processual à luz do (verdadeiro) contraditório, causando quase que certamente o cerceamento de o Ministério

Público poder **contraditar** o que pretendido pela defesa (que, em sentido geral, é desfazer o que já foi acolhido pela decisão anterior, com a qual se pôs de acordo o *Parquet*). Mais: a prova do prejuízo (art. 563, *in fine*, CPP) pela (essa sim) inversão processual (impondo-se o ônus ao Ministério Público de falar **sempre antes e numa só vez**) é quase impossível. Verdadeira **prova diabólica**, tão invocada em favor da defesa, mas que aqui se apresenta em favor do interesse social, consubstanciado na necessidade (se for o caso) de punição do agente criminoso mediante o (verdadeiro) devido processo legal. Há se deixar uma vez bem claro: o réu merece ter seus direitos fundamentais protegidos (e o *Parquet* é o maior guardião deles, por paradoxal que possa parecer para alguns), mas não ao custo da violação do devido processo legal e da quebra da paridade de armas.

Como já antecipado, nenhuma irregularidade haveria em o *Parquet* falar primeiro abordando exclusivamente o recurso do Ministério Público ou da assistência. À defesa se oportunizaria contraditar a irresignação ministerial (ou do assistente da acusação, se fosse o caso), fazendo em seguida a defesa (primeira) do recurso em prol do réu. Por último, em verdadeira **otimização** do princípio constitucional do contraditório, se permitiria ao Ministério Público analisar a pretensão da irresignação defensiva (rebatendo, se for o caso – pois poderia concordar com o pleito, o que não raro acontece).

Também já se disse que, em determinadas circunstâncias (**casos complexos**), as pretensões recursais (da defesa e do Ministério Público) se **entrelaçariam** (notadamente quando houvesse debate probatório), impedindo (digamos assim) uma **separação** tão hialina das pretensões em debate. Isso pode acontecer, efetivamente. Mas só o caso concreto irá revelar. E, nesses casos, incumbe ao órgão colegiado julgador

analisar, topicamente, se na ordem aqui proposta de sustentações houve alguma **invasão** indevida dos limites argumentativos. Em havendo, concede-se a palavra à outra parte. É simples. O que não entendemos correto é que haja um **tarifamento** da ordem de sustentação oral sem que se compreenda a essência dos fundamentos invocados: a ampla defesa e o contraditório.

## Notas

1. Claro: se no curso do processo penal houver alguma inversão da ordem dos atos, há se analisar se a inversão efetivamente importou em prejuízo (notadamente) à defesa. Exemplo bastante simples (até simplório) a ilustrar o afirmado: imagine-se a hipótese em que testemunha de defesa meramente abonatória foi ouvida antes da testemunha de acusação. Não há se falar em prejuízo – art. 563 do CPP –, bem como há se atentar que não houve influência na apuração dos fatos – art. 566 do CPC.

2. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 20. Vide também, dos mesmos autores, a tradução consolidada na obra **Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19-25.

3. De modo sintético, quando dizemos que tem havido uma disseminação de uma ideia apenas **parcial** dos ideais garantistas (daí nos referirmos a um – termo nosso – “**garantismo hiperbólico monocular**”) é porque muitas vezes não se tem notado que **não estão em voga** (reclamando a devida e necessária proteção) **exclusivamente** os direitos fundamentais, sobretudo os individuais. Em nossa **compreensão (integral) dos postulados garantistas**, o Estado (inclusive o Estado-Juiz) deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de

garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

**FISCHER, Douglas.** *A ordem de sustentação oral nos processos criminais perante os Tribunais: uma leitura acerca do espectro do que decidido pelo STF no HC N° 87.926-SP.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 29, abril. 2009. Disponível em:

< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao029/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao029/douglas_fischer.html) >

Acesso em: 20 ago. 2009.