

1. INTRODUÇÃO

Mais do que a inafastável garantia de estar presente em todos os atos processuais e de se manifestar com amplitude e irrestrição durante a dialética processual penal, a defesa do acusado deve, sempre que possível, falar por último nos autos, isto é, exaurir suas assertivas após a acusação ter lançado mão de todos os seus argumentos, sob pena de fragmentar o consagrado princípio da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), e eivar de vício o processo.

Partindo-se dos princípios que informam o processo penal, mormente o que dispõe sobre a amplitude que deve comportar a defesa, o artigo versa sobre a nulidade que porventura pode acometer a marcha processual, quando da oportunidade de vista e manifestação da acusação após a fala de defesa, nos casos não previstos em lei.

Analisaremos, mais detidamente, um expediente que vem sendo utilizado na prática forense: Vista ao Ministério Público após a apresentação da resposta à acusação.

Partiremos de uma metodologia que tem como premente a abordagem qualitativa, no sentido de explorar o tema e a problemática que o envolve levando em consideração seus traços objetivos e subjetivos e sua particularidade, tendo em conta a utilização desse combatido expediente no âmbito forense, ensejador de nulidade.

É bem de ver que não se pretende, de forma alguma, esgotar todos os aspectos e problemáticas que são suscitadas quando do estudo da referida nulidade processual, entretanto procuraremos aclarar em que medida essa possibilidade de manifestação da acusação após a defesa fere a cara garantia do devido processo legal, bem como a ampla defesa, de modo que deve ser rechaçada.

2. OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO

O título do presente artigo, que guarda inspiração no livro escrito pelo saudoso Advogado e Ministro do Supremo Tribunal Federal (Evandro Lins e Silva, “A Defesa tem a palavra” - 1984), faz exsurgir a ideia do que se pretende alicerçar no decorrer das próximas linhas: a defesa tem o direito à última palavra no processo penal.

O que se visa resguardar é a ordem procedimental dialética, a qual, nas palavras do mestre italiano *Francesco Carnelutti* (1960. p. 139), “[...] *está para o processo penal*

assim como está o oxigênio no ar que respiramos [...]”. Isto é, não basta que o devido processo legal seja observado de maneira rasa, antes, contudo, é necessário que os ditames legais sejam respeitados até as últimas consequências.

Tendo-se por base que a infração penal é a violação de um bem juridicamente tutelado, que não só fere ou ameaça ferir direitos individuais, mas afeta, de igual modo, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado, detentor do *ius puniendi*, a restauração da paz social, de modo a assegurar a segurança pública e a plena observância da ordem jurídica positivada.

A esse propósito, calha a lição de *Magalhães Noronha* (1992, pg. 3), segundo o qual “apresenta-se como atribuição do Estado – que é um meio e não um fim – a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *ius puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o empece na consecução daquela finalidade”.

Todavia, como não poderia deixar de ser, ante à hipossuficiência do agente frente ao Estado, o *poder-dever de punir* deste último não pode ser exercido indiscriminadamente, devendo ser observados os princípios em que se fundam o processo penal, verdadeiros limites ao arbítrio do Estado.

Referidos princípios, transbordam os aspectos individuais, trasladando-se em verdadeiras garantias à sociedade, que se vê protegida dos abusos que o poder estatal poderia cometer, caso não fosse limitado por regras previamente estabelecidas.

Nesse sentir, convém trazer à baila o ensino de *Antonio Scarance Fernandes* (2007, p. 17), o qual leciona que, em razão da evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor.

Dáí porque falar-se, atualmente, em um processo penal constitucional, isto é, em uma sistemática processual em que as regras processuais penais sejam analisadas à luz da Constituição Federal, porquanto o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição (GRINOVER, Ada Pellegrini, 1990, p. 14/15).

Embora sejam muitos os princípios que regem o processo penal, para os fins do presente trabalho abordaremos aqueles que devem ser observados com maior afinco quando da nulidade engendrada em razão da manifestação da acusação após a defesa.

2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório passou a integrar a Constituição pátria em 1937 (segunda parte do art. 122, n. 11), tendo sido mantido nas Constituições posteriores (1946, art. 141, §25; 1967, art. 140, §16, renumerado na Emenda de 1969 para art. 153, §16). Na Constituição atual, está consagrado no art. 5º, inciso LV, que determina: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Conforme a noção clássica de *Joaquim Canuto Mendes De Almeida* (1973, pg. 81), o contraditório é “*a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”.

É necessário, em termos de processo penal, que os atos sejam produzidos de modo a proporcionar um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares (FERNANDES, Antonio Scarance, 2007, p. 63).

Segundo bem leciona *Madeira* (2008, p. 63), aqui tem-se a ideia de que toda a prova realizada admite a possibilidade de realização de contraprova, não sendo admissível e produção de qualquer prova sem o conhecimento e a atuação da parte contrária.

Interessante ainda o que sustentado por *Rogério Laura Tucci* (2009, p. 295/296), quanto à obrigatoriedade da observação do contraditório, não só no processo penal propriamente dito, mas também na fase preparatória, isto é, no inquérito policial. Segundo o doutrinador, ponderando, mais recentemente, que não há como cogitar de uma *contrariedade*, por assim dizer, mitigada, firma-se a convicção de sua indispensabilidade, mesmo na fase da investigação criminal. Representa, outrossim, autêntica conquista do Direito Processual Penal Constitucional moderno, em que a *contrariedade da*

investigação criminal consiste num *direito fundamental* do imputado, direito esse que, por ser ‘um elemento decisivo do processo penal’, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em ‘mero requisito formal’; e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de *nulidade* dos atos procedimentais praticados sem a *efetiva assistência do defensor técnico constituído* pelo indiciado, ou *público* (cf., também, arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF).

Não obstante, continua *Tucci*, na defesa do seu argumento, na medida em que contraria a opinião dos que, sustentando serem distintas as concepções de contraditório e de ampla defesa, asseveram que, na investigação criminal, somente há lugar para esta, cingindo-se aquele à segunda fase da persecução penal. É que, embora, na realidade, os conceitos não se identifiquem, não se pode fugir a que o de ampla defesa reclama, sempre, a contrariedade, sem o que ela seria de menor significado, sem nenhuma importância constitucional.

Em suma, o princípio do contraditório no processo penal regra que todo ato processual e/ou produção probatória, admite a contraprova, não sendo admissível a produção de um deles sem o conhecimento da outra parte.

Em sendo assim, para que haja a perfeita admissão e valoração da prova e do ato processual, é necessário que seja produzido sob o crivo do contraditório, caso contrário, de nada (ou quase nada) valerá.

Realizado o esboço basilar da garantia do contraditório, urge agora destacar alguns aspectos inerentes à ampla defesa.

2.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Ampla defesa, em suma, “*implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados* (CAPEZ, Fernando, 2013, p. 65-66)”.

Intrinsicamente ligada ao contraditório está a ampla defesa, sendo ambos a manifestação da garantia do devido processo legal.

Destoamos, assim, das vozes que entendem a ampla defesa como derivação do contraditório ou, ao reverso, que o contraditório seja decorrência da ampla defesa. É que,

como bem leciona *Antonio Scarance Fernandes* (2007, p. 291), não se vislumbra, contudo, entre a defesa e o contraditório relação de primazia ou de derivação. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.

Sob uma perspectiva de direito público, como bem acentua *Grinover* (1990, p. 8), a ampla defesa é mais que um direito, constituindo-se em uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro. É certo que pode, numa ótica subjetiva, ser vista como direito do acusado, mas no processo moderno adquire relevância o perfil objetivo da defesa, como ofício essencialmente social: defesa, portanto, como condição de regularidade do procedimento, na ótica do interesse público à atuação do contraditório, defesa, em última análise, legitimante da própria jurisdição.

Para *Greco Filho* (1989, p. 110), os meios inerentes à ampla defesa são: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Nesse diapasão, importante apontamento é feito por *Tucci* (2009, p. 206) quanto à abrangência das realidades procedimentais da ampla defesa, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (*contraditoriedade*); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação da culpabilidade*).

Daí que, no campo probatório, ao acusado é permitido defender-se utilizando todos os meios que tem à disposição, inclusive, nesse aspecto, lhe é permitida excepcionalmente a utilização das provas tidas como ilícitas, quando esse for o único meio capaz de demonstrar a sua inocência.

Nesse mesmo sentido, explicita *Magalhães Filho* (1997, p. 104/107) que, no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um

direito fundamental, e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.

Por isso, não há incongruência entre a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e essas últimas afirmações, uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse na punição dos delitos e a tutela da inocência – é diversa; outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção de provas, ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial (FERNANDES, Antonio Scarance, 2007, p. 57).

Assim, resta fulgente que todo o indivíduo enredado em uma persecução criminal deve ser concedido todos os meios aptos à efetivação da ampla defesa, concretizando-se e sendo marcada pela contraditoriedade em todos os atos e fases processuais e procedimentais, não importando qual seja a sentença a ser proferida, condenatória ou absolutória.

2.3 INVERSÃO PROCESSUAL ENSEJADORA DE NULIDADE ABSOLUTA

Sob o apanágio das elucidações feitas alhures, acerca das garantias processuais penais, tem-se que a oportunidade de manifestação do Ministério Público após a apresentação de resposta à acusação, tema do presente artigo, é um expediente que inova e inverte tumultuariamente a ordem processual estabelecida pela lei, aviltando as caras garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que concede-se ao membro do *Parquet* a faculdade de se manifestar sobre as alegações contidas na primeira defesa apresentada pelo acusado, quando, em verdade, o artigo 397 da Lei Adjetiva Penal, que cuida dessa fase processual, determina que o magistrado deverá analisar a resposta apresentada e decidir por sua absolvição sumária ou pelo prosseguimento da ação penal.

Isso porque, devidamente citado o acusado, nos termos do artigo 396-A, do CPP, deverá apresentar, *opportuno tempore*, resposta à acusação, a qual será analisada pelo juiz

do feito, culminando na absolvição sumária ou no prosseguimento da ação penal, conforme os precisos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

[...]

Ocorre, todavia, que os personagens atuantes na seara criminal têm sido surpreendidos com despachos judiciais em que se determina a abertura de vista ao Ministério Público para que se manifeste sobre as razões contidas na resposta à acusação apresentada pelo réu.

Outrossim, estando os autos conclusos ao magistrado, com azo a sopesar os argumentos lançados na exordial acusatória e as contraposições apresentadas em sede de resposta à acusação para que assim, no pleno exercício de sua judicatura, profira despacho interlocutório, conforme o que preconiza expressamente o artigo 397 do CPP, têm entendido alguns juízes por inovar e inverter a ordem processual, abrindo vista ao representante do Ministério Público, para que, vez mais, se manifeste nos autos, antes da prolação do *decisum*.

Ora, flagrantemente tumultuária ao processo a oportunidade conferida ao Ministério Público para se manifestar acerca da resposta à acusação apresentada, a qual deve ser combatida, sob pena de ensejar nulidade absoluta, por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF).

Reside na suposta observância do contraditório a tese argumentativa daqueles que entendem como válida a oitiva do Ministério Público após a apresentação da resposta à acusação. Nesse sentido, tendo em vista que o acolhimento dos pleitos aduzidos na resposta do acusado poderá ensejar em sua absolvição sumária, argumenta-se pela necessidade de dar-se oportunidade de voz à acusação antes do julgamento das proposições defensivas.

É de ver que a acusação deve ter protegida a sua garantia ao contraditório. Todavia, há que se ter em mente os moldes em que a referida garantia será observada em favor do Ministério Público, não se podendo admitir que esta restaria sufragada pelo só

fato de ser proferida decisão judicial após a resposta à acusação, sem nova manifestação do Ministério Público.

Isso porque, consoante preconiza a doutrina, a garantia do contraditório se personifica em dois elementos essenciais: 1. Necessidade de informação; 2. Possibilidade de reação (FERNANDES, Antonio Scarance, 2007, p. 57).

No tocante à necessidade de informação, em verdade, ilógico falar em ofensa ao contraditório na medida em que o Ministério Público, como *dominus litis* da Ação Penal Pública, parte em posição de extrema vantagem em relação ao acusado, uma vez que dispõe de todo o aparato da Polícia Judiciária – por meio do inquérito policial por ele instaurado – com azo a obter todas as informações imprescindíveis à elucidação dos fatos levados à investigação e à formação de sua *opinio delicti*.

De igual mote, inconcebível falar-se em afronta à possibilidade de reação, ensejadora de ofensa ao contraditório, uma vez que à defesa pertence, por essência, o poder de reação a um ataque formulado pela acusação.

Nesse sentido, leciona Rogério Schietti Machado Cruz (2011, p. 13/14) que, considerando-se a ação penal em sua inteireza, e não apenas em suas fases procedimentais estanques, o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão acusatório.

Deste modo, a pretensão defensiva, em suma, será sempre uma negativa ao pleito acusatório, posto que, no processo penal a iniciativa pertence à acusação, cabendo ao réu resistir à pretensão punitiva, não havendo como aventar uma suposta reação por parte daquele que é detentor da ação.

Destarte, ao se proceder a oportunidade de apresentação de réplica à resposta à acusação, sem a possibilidade de apresentação de tréplica por parte da defesa, resta violado o direito à última palavra, consectário lógico da ampla defesa.

Sobre o tema, é de lapidar esclarecimento a preciosa lição de Ada Pellegrinni Grinover (2009, p. 193/194), segundo a qual, também é da essência do contraditório penal o direito que tem a defesa a manifestar-se por último. Isso não representa qualquer privilégio, mas tão-somente consequência lógica do ônus da acusação em demonstrar a procedência da imputação, através de provas e alegações. Assim, para que todos os argumentos acusatórios possam ser refutados, é indispensável que se conceda à defesa a última palavra, antes do pronunciamento judicial. Neste sentido, prevê-se nas audiências

do procedimento ordinário (art. 403) ou da primeira fase do júri (art. 411, §4º) alegações orais pela acusação e depois pela defesa. Em caso de alegações escritas os prazos para a acusação e para a defesa serão sucessivos no procedimento ordinário conforme arts. 403 e 404. A inversão na ordem de apresentação das alegações, ou a concessão de nova oportunidade de manifestação ao acusador, sem a posterior resposta do réu, constituirá evidente cerceamento do direito de defesa e, portanto, nulidade absoluta por violação de preceito constitucional.

Em atenção às considerações supras, e a outras que o contexto histórico demandava, é que o legislador infraconstitucional promoveu, em 2008, a reforma do Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 11.719, com vistas efetivar as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Assim que, perfazendo a análise histórica do supracitado projeto de lei que fecundou a reforma em comento, se extrai que havia a previsão de mais um parágrafo ao artigo 396-A, do CPP, qual seja o §3º, que dispunha sobre a abertura de vista ao Ministério Público para que se manifestasse sobre questões preliminares e documentos, após o oferecimento da resposta à acusação.

Ocorre, que o referido dispositivo fora retirado do projeto pelo Senado Federal, porquanto feria de morte o princípio da ampla defesa, na medida em que impossibilitava à defesa a oportunidade de pronunciar-se por último nos autos.

Ora, se a previsão contida no projeto originário não mereceu acolhida é porque o legislador, naquilo que lhe compete (elaboração das leis), entendeu ser indevida a abertura de vista ao Ministério Público após a resposta à acusação, de modo a impedir que o juiz, – no exercício da sua judicatura (aplicação e interpretação das leis) – determine a vergastada oitiva.

Outrossim, da análise sistemática do Código de Processo Penal, verifica-se que o artigo 409, que trata do procedimento especial do júri, expressamente determina a oitiva do *Parquet* após a defesa. Desta feita, não há que se falar em lacuna legal ou omissão por parte do legislador, restando límpida a distinção de tratamento entre os dois procedimentos – ordinário e especial – sendo inaplicável o artigo 409 ao procedimento comum ordinário.

Aliás, é de clareza hialina o disposto no artigo 394, §5º, do Código de Processo Penal, no sentido de determinar a aplicação das regras previstas no procedimento

ordinário ao procedimento especial, naquilo em que este último for omissivo, e jamais o contrário.

É que, a referida possibilidade de manifestação do Ministério Público após o oferecimento da resposta à acusação coloca a acusação em posição ainda mais vantajosa diante da defesa, na medida em que a esta seria oportunizado falar por duas vezes antes da apreciação da absolvição sumária, enquanto que a defesa por apenas uma vez poderia se manifestar. Consagrar-se-ia, por derradeiro, uma famigerada “*ampla acusação*”, em brutal descompasso com a ordem constitucional em vigor, que conclama a ampla defesa como garantia a ser assegurada.

Além de profanadora à ampla defesa, a medida aqui versada – manifestação do MP após a resposta à acusação – também fere de morte o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), uma vez que a sua determinação não encontra fundamento legal, consistindo em verdadeira inovação à lei, num processo penal pautado pela garantia de que o acusado conheça, de antemão, a marcha processual a ser seguida, não podendo ser admitidas surpresas desfavoráveis à sua defesa no tocante ao rito procedimental.

Nesse mesmo sentido é o que assevera *Luiz Guilherme Rorato Decaro* (2011, p. 13/14), consoante o qual, não obstante, ocorre também o desrespeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), uma vez que o Código de Processo Penal não faz qualquer previsão de, nos ritos ordinário e sumário, o Ministério Público se manifestar sobre a resposta à acusação apresentada pelo acusado antes de ela ser apreciada pelo juiz oficiante. Basta a leitura dos arts. 396-A e seguintes do CPP para chegar-se a essa conclusão. Inexiste qualquer previsão nesse sentido. Aliás, foi por esse motivo que o Superior Tribunal de Justiça, em duas ocasiões, entendeu que tal prática, além de ser vedada, também constitui causa de nulidade absoluta.

É bem de ver, ainda, que não se trata de hipótese a exigir a demonstração do prejuízo, como se dá nos casos que versam a respeito de nulidades relativas, uma vez que o referido prejuízo é latente, salta aos olhos, por absoluta infringência à regra básica de marcha processual penal, no que erigida (a nulidade) ao patamar de absoluta, pois, de interesse de todos a preservação da Garantia Fundamental prevista na Lei Maior.

Não é outro o entendimento externado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sua Excelência Celso Limongi, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 172.345, o qual sedimentou em seu voto que:

A manifestação do Ministério Público sobre a defesa preliminar – não prevista na legislação –, é causa de nulidade processual (...). E isto, porque houve inversão processual, com afronta ao devido processo legal. E não importa se os fundamentos apontados pelo Ministério Público Federal influíram, ou não, na decisão do MM. juiz de ratificar o recebimento da denúncia. Basta a inversão, com inoportuna manifestação do ‘parquet’, para caracterizar a nulidade arguida.

(Des. conv. Celso Limongi, Decisão Monocrática, Sexta Turma, DJe 19.08.2010.)

Nesta mesma senda argumentativa, a Sexta Turma do Colendo Tribunal da Cidadania concedeu ordem de *habeas corpus* determinando o desentranhamento da manifestação ministerial dos autos, em fulgente Acórdão, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA E QUADRILHA OU BANDO. DEFESA PRELIMINAR. MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL SOBRE MÉRITO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A não-observância ao devido processo legal, na forma como previsto em lei, constitui ofensa a preceito que veicula norma de direito fundamental, e, portanto, a nulidade que daí decorre jamais pode ser tida como meramente relativa. O desrespeito a direito fundamental tem por nota prejuízo ínsito e impossibilidade de convalidação. 2. Ordem parcialmente concedida para determinar o desentranhamento da manifestação ministerial, permanecendo válidos os requerimentos a respeito dos bens e valores depositados.

(Min. Arnaldo Esteves Lima, votação unânime, Quinta Turma, DJe 01.03.2010. No mesmo sentido são os seguintes precedentes de Cortes Estaduais: TJPR, Apelação Criminal 718.667-4, juiz Raul Vaz da Silva Portugal, DJPR 08.06.2011; TJDFT, HC2010.00.011599-1, Des. Alfeu Machado, j. 16.09.2010.)

Aliás, em recente decisão (sessão de julgamento em 03.03.2016), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que se aplica aos processos penais de rito especial a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal. No julgamento do HC nº 127.900/AM, os Ministros do Pretório Excelso modularam os efeitos da decisão para assentar que, a partir da publicação da ata do julgamento (que se deu em 03.08.2016), fosse aplicável a regra do CPP às instruções não encerradas nos processos de natureza especial.

Dessarte, não há como escapar-se à conclusão de que a Corte Máxima do país, ao assentar que o interrogatório do réu deve ser realizado somente ao final da instrução, ainda que o rito seja especial, consagrou a regra primaz, sustentáculo do processo penal, segundo a qual a defesa deve ser a última a se manifestar, como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa.

É bem de ver, aliás, que também a Augusta Corte de Justiça do Estado de São Paulo, em recente decisão proferida em julho de 2016, por meio de sua Colenda 16ª Câmara Criminal, reconheceu a nulidade aqui versada e deferiu o pedido de correição parcial sob o nº 2016589-77.2016.8.26.0000, cujo Acórdão restou assim ementado:

Processual Penal. Correição Parcial. Inversão tumultuária dos atos processuais consistente na abertura de vista ao Ministério Público após a apresentação da resposta à acusação. Ocorrência. Ofensa à ampla defesa. Error in procedendo constatado. Correição deferida para determinar a anulação de todos os atos subsequentes.

(Relator(a): Otávio de Almeida Toledo; Comarca: Miracatu; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 12/07/2016; Data de registro: 27/07/2016.)

3. CONCLUSÃO

Consoante exposto alhures, um dos institutos mais importantes para a ciência processual penal é a observância das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal, porquanto é por meio dessas garantias que se alcança o fim último do processo, qual seja, a sentença mais justa possível.

Em termos de processo penal, tendo em vista o seu cunho garantista, essa afirmação é ainda mais evidente, uma vez que não basta que o devido processo legal seja observado de maneira rasa, antes, contudo, é necessário que os ditames legais sejam respeitados até as últimas consequências.

Malgrado a sua extrema importância (devido processo legal), a referida garantia processual não vem sendo observada com o rigor necessário, na medida em que alguns juízes têm concedido ao membro do Ministério Público a faculdade de se manifestar sobre as alegações contidas na primeira defesa apresentada pelo acusado (resposta à acusação), quando, em verdade, o artigo 397 da Lei Adjetiva Penal, que cuida dessa fase processual, determina que o magistrado deverá analisar a resposta apresentada e decidir por sua absolvição sumária ou pelo prosseguimento da ação penal.

Neste diapasão, não merece acolhimento a assertiva segundo o qual restaria maculado o contraditório em caso de não concessão de oportunidade para que a acusação se manifestasse sobre as arguições apresentadas pela Defesa. Ora, o processo não pode ser uma marcha ré!

Isso porque, são dois os elementos do contraditório: a) Necessidade de informação e; b) Possibilidade de reação. No tocante à necessidade de informação, em verdade, ilógico falar em ofensa ao contraditório na medida em que o Ministério Público, como *dominus litis* da Ação Penal Pública, parte em posição de extrema vantagem em relação ao acusado, uma vez que dispõe de todo o aparato da Polícia Judiciária – por meio do inquérito policial por ele fiscalizado – com azo a obter todas as informações imprescindíveis à elucidação dos fatos levados à investigação e à formação de sua *opinio delicti*. De igual mote, inconcebível falar-se em afronta à possibilidade de reação, ensejadora de ofensa ao contraditório, uma vez que à defesa pertence, por essência, o poder de reação a um ataque formulado pela acusação. É que, no processo penal a iniciativa pertence à acusação, cabendo ao réu resistir à pretensão punitiva, não havendo como aventar uma suposta reação por parte daquele que é detentor da ação.

Para além disso, perfazendo a análise histórica do projeto de lei que culminou na reforma promovida ao Código de Processo Penal em 2008, por meio da Lei nº 11.719, se extrai que havia a previsão de mais um parágrafo ao artigo 396-A, do CPP, qual seja o §3º, que dispunha sobre a abertura de vista ao Ministério Público para que se manifestasse sobre questões preliminares e documentos, após o oferecimento da resposta à acusação. Ocorre, todavia, que o referido dispositivo fora retirado pelo Senado Federal, porquanto feria de morte o princípio da ampla defesa, na medida em que impossibilitava à defesa a oportunidade de pronunciar-se por último nos autos.

Ora, a menos que se pretenda dizer mais do que quis dizer o legislador, não é possível admitir uma vergastada oportunidade de manifestação da acusação, na medida em que estar-se-ia colocando a acusação em posição ainda mais vantajosa diante da defesa, na medida em que a ela seria oportunizado falar por duas vezes antes da apreciação da absolvição sumária, enquanto que a Defesa apenas uma vez poderia se manifestar. Consagrar-se-ia, por derradeiro, uma famigerada “*ampla acusação*”, em brutal descompasso com a ordem constitucional em vigor, que conclama a ampla defesa como garantia a ser assegurada.

Não é outro, aliás, o entendimento externado pelos Tribunais pátrios, quando do enfrentamento da questão ora versada, sendo que em todos eles fora reconhecida a nulidade por afronta às garantias do contraditório, ampla defesa, e devido processo legal, determinando-se, por conseguinte, o desentranhamento da peça ministerial dos autos. Nesse sentido, dentre outros, confira-se: STJ, HC 128.591-DF, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima; TRF-4, HC 5002458-67.2011.404.0000-PR, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz; TJPR, Apelação Criminal 718.667-4, Relator Raul Vaz da Silva Portugal; TJDFT, HC 2010.00.011599-1, Relator Alfeu Machado.

Assim, tem-se que em face da inversão em comento – vista ao Ministério Público após a resposta à acusação – o remédio processual apropriado a ser utilizado é a correção parcial, a qual tem o seu cabimento, conforme especifica a Lei Estadual nº 8.040/63, para a *“emenda de erros e abusos que importem na inversão tumultuária da ordem legal dos processos, quando para o caso não haja recurso”*.

Dáí porque, na hipótese ora versada, constata-se que a decisão que concede a combatida vista ministerial, e possibilita nova manifestação por parte da acusação, enseja, sim, inversão tumultuária no processo, na medida em que a defesa deve ser a última a se manifestar nos autos. Assim, portanto, ao abrir nova vista ao representante do Ministério Público, após a apresentação pela Defesa de suas alegações, culmina em ofensa à paridade de armas.

Destarte, a abertura de vista ao *Parquet* para que se manifeste acerca das alegações trazidas pela Defesa afigura a inversão tumultuária do processo, na medida em que se coloca em total dissonância com o princípio da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Correição Parcial nº 2016589-77.2016.8.26.0000. Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, julgado aos 12.07.2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal – 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNELUTTI, Francesco, As Misérias no Processo Penal, São Paulo: Editora Pillares, 1997.

_____, Principi del Processo Penale. Milão: Morano, 1960.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Garantias processuais nos recursos criminais, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DECARO, Luiz Guilherme Rorato. Pode o ministério público manifestar-se sobre a resposta à acusação antes de o juiz a apreciar? In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez., 2011.

DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008.

EBERHARDT, Marcos. A abertura de vista ao Ministério Público após a juntada da resposta à acusação. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-abertura-de-vista-ao-ministerio-publico-apos-a-juntada-da-resposta-a-acusacao-por-marcos-eberhardt/>>. Acesso em: 13.06.2017.

E. MAGALHÃES NORONHA, Curso de direito processual penal, 21ª ed. atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FILHO, Geraldo Vilar Correia Lima Marcos. Da indevida intimação do Ministério Público para se manifestar após a resposta à acusação. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22248/da-indevida-intimacao-do-ministerio-publico-para-se-manifestar-apos-a-resposta-a-acusacao>>. Acesso em: 13.06.2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 12ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988, São Paulo: Forense Universitária, 1990.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto, Princípios fundamentais do processo penal, RT, 1973.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal – volume II, 3ª Atualização. São Paulo: Millennium Editora, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria, Direitos e garantias individuais no processo penal, 4ª. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.