



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº HC/DD/267/09

HABEAS CORPUS Nº 128.591/DF (2009/0026984-0)

IMPETRANTE: FREDERICO DONATI BARBOSA E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

PACIENTE : TIMOTHY MARTIN MULHOLLAND

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Ementa. *Habeas corpus*. Peculato. Apresentação de resposta preliminar. Abertura de vista para a defesa, que se manifestou sobre o mérito das alegações contidas naquela peça. Ausência de previsão legal. Desentranhamento.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado com o propósito de que seja, sucessivamente, (i) anulado o julgamento do *writ* originário, para que este se atenha aos limites da decisão monocrática; (ii) determinado o desentranhamento da manifestação ministerial, juntada após o oferecimento da resposta preliminar; (iii) possibilitado o exercício do contraditório, pela defesa, após referida manifestação.

Os impetrantes sustentam que o tribunal de origem invocou fundamento estranho à decisão impugnada, inovando nas razões de decidir. Alegam, ainda, que houve violação ao devido processo legal, porque o art. 514 do CPP não prevê manifestação da acusação entre a apresentação da defesa prévia e a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia, além do que, segundo jurisprudência do STF, cabe à defesa sempre falar por último.

Vejamos.

A decisão singular e o acórdão são do seguinte teor:

Defiro o pedido ministerial de fls. 685/687, devendo ser desentranhada a denúncia e os documentos ali indicados para receberem autuação autônoma, tendo em vista a necessidade de prosseguirem as investigações nos autos do inquérito policial principal.

Adianto, em respeito à manifestação da defesa às fls. 720/722, que o Ministério Público Federal tem atribuição simultânea de *dominus lictis* e *custos legis*, de modo que o seu pronunciamento após a fase do art. 514 do CPP, mas antes de analisada a denúncia já

oferecida, não enseja prejuízo aos Denunciados, a quem, igualmente, já se garantiu amplo exercício do direito de defesa.

Retificada a autuação do inquérito policial principal, baixem-se os autos ao DPF, pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Cientifique-se o MPF e a defesa. (f. 445)

Isso estabelecido, não se vislumbra prejuízo que, do ato impugnado, tenha resultado para o paciente, como bem demonstrou a autoridade no despacho cuja cópia acima transcrito, cuja cópia se vê na fl. 418, sendo oportuno destacar que a ação penal sequer foi iniciada, com o recebimento da denúncia.

Ora, dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal:

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

E mais, com a oitiva do Ministério Público sobre a resposta do paciente à denúncia contra ele oferecida, instruída com documentos, a autoridade impetrada cumpriu o artigo 5º-LV da Constituição Federal, nesses termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - 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;”

Correto, pois, o opinativo ministerial, da lavra do Procurador Regional da República, dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, cujos fundamentos adoto para decidir, explicitando:

“6. Segundo os impetrantes, ao abrir vista dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da resposta preliminar apresentada pelo acusado, o Juízo impetrado violou o princípio do devido processo legal e, ainda, o direito da defesa de utilizar a palavra por último, como corolário do princípio do contraditório.

7. Bem. Primeiramente, cumpre esclarecer que, no caso dos autos, as alterações promovidas pela Lei 11.719/08 ainda não vigoravam quando da prolação do referido despacho pelo Juiz (fl. 415), incidindo, naquele momento, a redação do art. 514, do Código de Processo Penal, segundo a qual, estando a denúncia em devida forma, o Juiz notificava o acusado para responder por escrito no prazo de quinze dias.

8. Sabe-se que com a vigência da Lei 11.719, modificou-se o procedimento previsto para os crimes de responsabilidade cometidos por funcionários públicos (agora com rito ordinário), em face do quanto previsto no art. 394, § 4º, do CPP, no qual se determina a aplicação dos arts. 395 a 397, CPP, a todos os procedimentos de primeira instância, com exceção do Júri e dos Juizados Especiais Criminais. Nesse sentido, o art. 514, por exemplo, foi revogado, notadamente em razão da norma do art. 396, que prevê citação (e não mais notificação, como outrora) para a apresentação de resposta no prazo de 10 dias (não 15).

9. Mas veja-se que, quer se cogite da aplicação do antigo ou do novel procedimento previsto para os crimes cometidos por funcionários públicos, não há disposição expressa no sentido de se remeter os autos, após a resposta do acusado, novamente para o membro do **parquet**.

10. Ocorre, entretanto, que, se após a resposta forem juntados pelo acusado, em abono a sua tese defensiva, bens materiais (no caso, 08 canetas **Mont Blanc** e o valor de 1.000,00 reais), não há violação grave ao juízo de conhecimento da peça acusatória, sobretudo porque a manifestação ministerial, nessa hipótese, teria se limitado – e se limitou – à questão externa à imputação. Não se esquecer, no ponto, que o Ministério Público, em qualquer situação procedimental, é, antes de tudo, fiscal da lei e deve zelar sempre pela regular aplicação dela.

11. Tanto é assim que o **parquet** requereu a venda das canetas e posterior ressarcimento à FUNASA, pessoa jurídica diretamente lesada com a empreitada criminosa. O mero fato de ter requerido, também, o desentranhamento do inquérito policial para ulterior prosseguimento de diligências não afeta nem indiretamente direito do acusado e nem altera as disposições contidas na denúncia. Nesse passo, absolutamente desnecessário nova abertura de vista à defesa para nova manifestação, se acerca do recebimento ou não da peça acusatória.

12. O contraditório diz com o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e, conseqüentemente, o direito de reação da parte na mesma extensão. Nesse sentido, o pedido de desentranhamento de inquérito para prosseguimento de diligências urgentes em nada afeta interesse da parte, que já teve a oportunidade de defender-se da imputação contida na denúncia." (fls. 548/550).

À vista do exposto, denego a ordem, tendo por inconfigurado o dito constrangimento ilegal. (ff. 589/590)

De fato, não há como recusar que o tribunal *a quo* agregou fundamentos novos à decisão originária.

Ocorre que não cabe à instância revisora, em especial em sede de *habeas corpus*, agregar fundamentação a decisão que não a tem. Isto pela singela razão de que o ato que se impugna é tido por ilegal à conta exatamente deste vício. Cabe ao tribunal examiná-lo tal como se apresenta, e nada mais. A propósito, o STF afirmou que *não é lícito às instâncias superiores suprir, em habeas corpus ou recurso da defesa, com novas razões, a falta ou deficiência de fundamentação da decisão penal impugnada.*<sup>1</sup>

Todavia, não nos parece ser o caso de anular o acórdão.

A uma, porque é possível decotar o excesso, uma vez que o tribunal *a quo*, mantendo o ato impugnado, teve-o por legítimo.

A duas, porque não se declara nulidade quando é possível decidir-se, no mérito, a quem aproveita.

A abertura de vista ao MPF, após apresentação da resposta preliminar, foi apenas com o propósito de que este se manifestasse sobre os bens e valores então depositados em conta do juízo (f. 443).

A manifestação ministerial, contudo, foi além, em verdadeira contestação às alegações da defesa.

O fundamento da decisão que se recusou a desentranhar a peça ministerial não se sustenta.

Não há, no processo penal, diferença ontológica entre o MP autor e *custos legis*. Sem precisar se deter em larga argumentação, basta ver que ao MP autor é dado, a qualquer momento, requerer a absolvição do réu ou postular pela incidência de qualquer circunstância que lhe afaste a pena, ou a reduza.

De resto, não há previsão de que o órgão acusatório se manifeste nessa fase do processo.

Tampouco serve para validá-la a alegação de ausência de prejuízo.

Na atualidade, o princípio constitucional do devido processo legal, com seus consectários de ampla defesa e contraditório, possui natureza material, e não meramente formal, por ser a principal garantia de efetividade dos direitos.

Com efeito, depois de Kelsen, é de rigor procurar-se o fundamento da norma para além de sua positividade. Para o pensamento a ele posterior, o problema da interpretação passou a ser o

---

<sup>1</sup> HC 87.041/PA, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 24.11.2006, p. 76.

centro da própria concepção do direito, e nisto consistiu exatamente a chamada virada hermenêutica da teoria jurídica. Rompe-se a dualidade direito/sociedade, texto/contexto: o direito é texto como contexto social. Em cada ato interpretativo está presente o contexto com base no qual o intérprete faz os significados significarem.

Daí por que é hoje curial a convicção de que o sentido de uma norma jamais está dado em definitivo e em absoluto. Toda regra, seja moral ou ética, se deposita na temporalidade e na experiência, o que requer o exercício permanente do estabelecimento de seu sentido.

Nesse sentido, a segurança jurídica passa a ser vista não mais como previsibilidade, que de resto sequer existe nas ciências naturais em caráter absoluto, mas sim como processualidade, tendente a assegurar direitos justificáveis pelos atores envolvidos.

No dizer de José Ricardo Cunha, apenas por meio do *dinamismo próprio da processualidade jurídica no qual a pluralidade de opiniões e a diversidade dos argumentos apresentam várias formas possíveis de chegar a uma decisão*<sup>2</sup>, é que se possibilita ao juiz o necessário discernimento para chegar à posição mais razoável ao caso concreto.

Porque o direito penal talvez seja o campo em que o discurso prático mais se potencialize, assegurando a acusador e acusado esgrimirem, em situação de igualdade, os argumentos que irão fundamentar suas pretensões de verdade, é aqui que o princípio do devido processo legal encontra sua maior expressão.

De outro giro, a circunstância de o princípio do devido processo legal erigir-se a categoria de direito fundamental e, por isso, com estatura constitucional, faz com que o mesmo esteja numa relação de supraordenação com as demais normas do ordenamento jurídico.

Na atualidade, a doutrina, principalmente internacional, trabalha na ótica do chamado *neoconstitucionalismo*, que importa numa transfiguração do Estado de direito para o Estado constitucional, cuja principal consequência, grosso modo, é a irradiação de todos os princípios constitucionais, que perdem a característica pretérita de meros comandos programáticos e assumem imediata normatividade sobre toda a ordem jurídica. De tal forma que as leis estão para a Constituição numa relação material, substantiva, e não mais simplesmente formal.

De modo que a não observância ao devido processo legal, na forma como previsto em diploma legal, 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.

---

<sup>2</sup> **Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica**, in **Hermenêutica plural**, org. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez, Martins Fontes, SP, 2002, p. 344.

Nesse sentido, a seguinte lição:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

São também normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto 678, de 6.11.92, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no art. 5º. § 2º, CF: ver adiante, cap. VI, nº 2, e cap. XIV, nº 4.

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, no ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, etc constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefícios das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa. Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa<sup>3</sup>.

Assim, opinamos pela concessão da ordem, no sentido de que seja desentranhada, dos autos da ação penal, a manifestação ministerial oferecida após defesa preliminar do paciente, permanecendo válidos os requerimentos a respeito dos bens e valores depositados.

É o parecer.

Brasília, 6 de abril de 2009.

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira  
Subprocuradora-Geral da República

---

<sup>3</sup> Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães, *in As nulidades no processo penal*, 5ª ed., Malheiros, pp. 19/20.