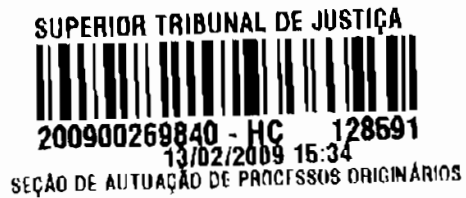


EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.



Os advogados FREDERICO DONATI BARBOSA, ALDO DE CAMPOS COSTA, MARCELO TURBAY FREIRIA, CONRADO DONATI ANTUNES, brasileiros, o primeiro casado os demais solteiros, inscritos nos quadros da OAB/DF sob os números 17.825, 16.296, 22.956 e 26.903, respectivamente, e a acadêmica de Direito MAYRA COTTA CARDOZO DE SOUZA, portadora do RG [REDACTED] todos com endereço profissional no SHS, Quadra 6, Bloco C, salas 1505/1506, Complexo Empresarial Brasil 21, nesta capital, vêm, perante Vossa Excelência, impetrar a presente

ORDEM DE HABEAS CORPUS

em favor de TIMOTHY MARTIN MULHOLLAND, brasileiro, casado, professor universitário, portador do RG nº [REDACTED], inscrito no CPF sob o nº [REDACTED], domiciliado na [REDACTED], contra ato da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, a seu modo, denegou a ordem de *habeas corpus* nº 2008.01.00.055100-9, e, nesta extensão, indeferiu pedido de desentranhamento de manifestação do Ministério Público nos autos do procedimento nº 2008.34.00.013502-5, já agora distribuído sob o nº 2008.34.00.029391-7. Pior, inviabilizou o pedido da defesa no qual se buscava preservar seu direito de se manifestar após a acusação.



Para tanto, os impetrantes arrimam-se nos preceitos inscritos nos artigos 5º, LXVIII, da Constituição Federal, 647, 648, inciso I, do Código de Processo Penal e, ainda, nos relevantes motivos de fato e de direito que, em anexo, passam a expor.

Termos em que, requerendo a juntada integral do *habeas corpus* nº 2008.01.00.055100-9,

pedem deferimento.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009.



FREDERICO DONATI BARBOSA

OAB/DF 17.825




ALDO DE CAMPOS COSTA

OAB/DF 16.296



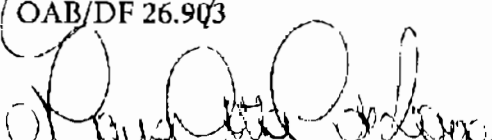
MARCELO TURBAY FREIRIA

OAB/DF 22.956



CONRADO DONATI ANTUNES

OAB/DF 26.903



MAYRA COTTA CARDOZO DE SOUZA

RG 2480079 SSP/DF

EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLETA TURMA,
DOUTO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,

1 – SÍNTESE DOS FATOS E DO OBJETO DO WRIT

O Professor Doutor TIMOTHY MULHOLLAND, ex-Reitor da Universidade de Brasília, foi surpreendido, no dia 21 de julho de 2008, com notificação do honroso juízo da 12ª Vara Federal para responder aos termos de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal que, em apertadíssima síntese, o acusa da prática de peculato (duas vezes) e formação de quadrilha.

Notificado, o paciente aviou resposta preliminar, nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal, a fim de que fosse rejeitada a denúncia contra si oferecida.¹ Nesta oportunidade, juntamente com a apresentação da peça defensiva, foram depositados em juízo bens materiais, quais sejam, 8 (oito) canetas *Mont Blanc* e a quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Momento seguinte, o digno magistrado de primeiro grau, ao invés de proceder ao exame da denúncia e da resposta preliminar, houve por bem determinar a intimação do representante do Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca do conteúdo defensivo.

De posse dos autos, o Ministério Público – em **evidente réplica** – ofereceu manifestação escrita em **15 (quinze) laudas**, no bojo da qual **discutiu questões de mérito**, requerendo, inclusive, a venda de bens em tese desviados dos cofres públicos. Postulou, ainda, o desmembramento das investigações.

Incontinenti, a defesa pugnou pelo desentranhamento da manifestação acusatória e, sucessivamente, proclamou pela *“abertura de vista dos autos para manifestação quanto ao conteúdo meritório da manifestação da*

¹ “Art. 516 O juiz rejeitará a queixa ou a denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação”.

acusação, prequestionada de antemão a violação do princípio constitucional do devido processo legal”.

O ilustre magistrado de primeiro grau, no entanto, preservou a manifestação acusatória nos autos, fazendo-o, pois, à luz da seguinte fundamentação:

“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”.²

Contra a decisão, a defesa impetrou pedido de *habeas corpus* junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, oportunidade em que sustentou o evidente constrangimento ilegal decorrente do despacho que permitira a manifestação do Ministério Público acerca da resposta preliminar. E assim procedeu por entender incabível a manifestação da acusação no interregno da resposta preliminar e do juízo acerca do recebimento, ou não, da denúncia. Mais, porque o Ministério Público, ao falar por último nos autos, ignorou a lógica processual penal que resguarda a possibilidade de a defesa por último se manifestar.

A ordem, contudo, restou indeferida, em acórdão que se limitou – em grande parte e com as devidas vênias – a acolher o parecer ministerial. E, mais grave, em parecer elaborado com base em fundamento trazido pela primeira vez por ocasião do oferecimento de informações levado a efeito pela então autoridade coatora.

² Grifos nossos.

O presente *habeas corpus* objetiva, assim, a cassação do acórdão regional ou, mesmo, do despacho de primeiro grau – às claras nulo – que intimou o Ministério Público para manifestar-se acerca da resposta preliminar defensiva. Por conseguinte, pretende, ainda, o desentranhamento da petição extemporânea e ilegal apresentada pela acusação, ou, mesmo, que seja franqueada a possibilidade de a defesa por último se manifestar.

2 – FUNDAMENTOS

I – IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO, PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DO PACIENTE

Por primeiro, revela-se lapidar esclarecer que, não obstante o Egrégio Tribunal Regional Federal se incline em negar a concessão de *habeas corpus* amparado no direito de o Ministério Público se manifestar acerca do conteúdo defensivo instruído por documentos, o douto Juízo singular não indeferiu o pedido da defesa invocando a aplicação, na espécie, do princípio do contraditório. Fê-lo, em verdade, ao argumento de que o Ministério Público “*tem atribuição simultânea de dominus litis e custos legis*”.

Em conseqüência, obtempera a Defesa que, segundo a escorreita orientação do Supremo Tribunal Federal³, “*não cabe às sucessivas instâncias, para denegar a ordem, suprir deficiência originária da decisão, mediante achegas de novos motivos por ela não aventados*”.⁴ No mesmo sentido, confira-se:

“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”.⁵

³ Frise-se que, embora os acórdãos digam respeito especificamente a decisões proferidas em matéria de prisão cautelar, o posicionamento – com as devidas vênias – há de ser preservado, na essência, por ocasião do tratamento da questão posta neste *habeas corpus*.

⁴ RHC 86.833/SP, Primeira Turma, Relator Ministro SEPULVEDA PERTENCE, in DJ 17/2/2006.

⁵ HC 87.041/PA, Primeira Turma, Relator Ministro CEZAR PELUSO, in DJ 24/11/2006.

Com efeito, a questão submetida à apreciação do Tribunal Regional Federal – e, já agora, renovada perante esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça – ao contrário do que registrado no v. acórdão – diz respeito à possibilidade de o Ministério Público se arvoar na condição de *custos legis* para se manifestar após a defesa.

Esse o contexto, **afigura-se ilegítima a inclusão** - tal qual registrado no v. acórdão impugnado - **de fundamento estranho à decisão impugnada** – ainda que, no mérito, fosse essa a tendência do Egrégio Tribunal Regional Federal – **por certo que o ato da autoridade de primeiro grau deste fundamento não se valeu.**

Por outras palavras, “*a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela haja posto o juiz da causa, não sendo dado ao Tribunal do recurso ou do habeas corpus, que a impugnem, suprir-lhe as faltas ou complementá-la*”.⁶

De fato, e desde 1968, o eminente Ministro EVANDRO LINS E SILVA, com argúcia, já advertia: “*não há despacho, decisão ou sentença que adote fundamentação a posteriori, depois de produzir efeitos*”.⁷

Nesse passo, entendem os impetrantes, em que pesem os entendimentos contrários, que o *habeas corpus* – manejado contra ato do Juiz de Primeiro Grau que indeferiu pedido da defesa ao argumento da dúplice função do Ministério Público - não devolve, como não devolveu, o exame da integralidade da matéria ao Egrégio Tribunal Regional Federal, mas, tão-somente, a possibilidade de o Ministério Público se valer, ou não, da condição de *custos legis* para se manifestar por último.

Reitere-se, pois, com as devidas *venias*, que **o douto Juízo de Primeiro Grau, na decisão que indeferiu o pedido de desentranhamento levado a efeito pela defesa, nem de longe examinou, por isso mesmo**

⁶ HC 90.064/SP, Primeira Turma, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *in* DJ 22/6/2007.

⁷ HC 44.499/SP, Segunda Turma, Relator Ministro EVANDRO LINS E SILVA, *in* DJ 23/2/1968.

invocou, o depósito de bens em juízo como circunstância apta a ensejar a abertura de vista ao Ministério Público.

Em verdade, a questão relativa ao depósito de bens e valores como fundamento da abertura de vista dos autos para a acusação e conseqüente indeferimento do pedido da defesa ocorreu apenas por ocasião do oferecimento de informações por parte da então autoridade coatora. E a inovação, nesse passo, foi encampada pelo parecer da Procuradoria Regional de República e, ao final, acolhida pelo acórdão ora impugnado.

Confira-se, pois, a flagrante incoerência – com as devidas vênias – encontrada através da leitura da decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido da defesa e as informações prestadas ulteriormente:

“Adianto, em respeito à manifestação da defesa às fls. 720/722, que o Ministério Público Federal tem atribuição simultânea de dominus litis 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 no direito de defesa”.

“O ora Paciente, em defesa preliminar, depositou em Juízo bens e valores relacionados à sua tese defensiva (doc. IV), circunstância que ensejou a abertura de vista à acusação (doc. V)” .

A modificação do fundamento, pois, é manifesta!

Dá a impossibilidade de o Tribunal Regional Federal – sem observar os limites da decisão de primeiro grau – sufragar entendimento contrário ao paciente, amparando-se, para tanto, nas informações prestadas após a impetração do *habeas corpus*.

Com efeito, não tendo o Juiz de Primeiro Grau incluído na decisão que indeferiu o pedido da defesa a advertência de que o fazia em razão da juntada de bens e valores por ocasião da resposta preliminar, não poderia, como não pode, incluí-lo ao prestar suas informações.

E mais. Não o fazendo, a questão remanescente - objeto de *habeas corpus* dirigido ao Tribunal Regional Federal - efetivamente deveria, no particular, se limitar ao exame da possibilidade de o Ministério Público se arvorar na condição de *custos legis* para se manifestar após a defesa.

Dalí, em que pesem os doutos argumentos do Tribunal Regional Federal, o poder-dever de cassar o v. acórdão.

II – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O postulado do devido processo legal – *due process of law* – substancia garantia constitucional das mais importantes em ordem a permitir a reconstrução do fato penalmente relevante para, ao final e se o caso, submeter o indivíduo – até o momento inocente por presunção – aos rigores de uma sanção penal. É dizer, a garantia do devido processo (penal) se apresenta como basilar instrumental posto à disposição do acusado para fazer valer seus direitos e garantias individuais frente ao poder de punir do Estado.

Nesse norte, certo é que tal limitação ganha contornos mais nítidos e democráticos quando o próprio sistema de justiça criminal reconhece, sem vacilar, a intransponível observância das formalidades legais.

Afirma-se, pois, que o “*processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador*”.⁸ É esta atividade, “*quando bem aplicada, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir*”.⁹

A respeitabilidade às formas, segundo GRINOVER, ostenta, pois, ao menos dúplice função: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento. Em especial no que se refere ao indivíduo submetido a uma

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 19.

⁹ GRINOVER, ob. cit., p. 19.

ação penal, AURY LOPES JÚNIOR adverte com precisão que “a forma é garantia, enquanto limite ao poder punitivo estatal”.¹⁰

Na mesma linha de pensamento, o magistério de ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

A garantia constitucional do devido processo legal, especificada ao processo penal (devido processo penal), reclama, para sua efetivação [...], que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e o de liberdade”¹¹.

Posta a questão, bem é de se ver que **o procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos**, na exata letra dos artigos 514 e seguintes do Código de Processo Penal vigente à época, **não contemplava a hipótese de manifestação da acusação no interregno entre a apresentação da resposta por escrito e o pronunciamento judicial quanto à viabilidade da persecução penal.**

Dúvidas não há, aliás, de que tal procedimento – deferindo ao investigado o direito de participar ativamente da persecução penal antes do recebimento fundamentado da denúncia¹² - tinha, e ainda tem, nítidos contornos de garantia individual em ordem a afastar acusações ineptas ou infundadas.

De fato, a indelével estigmatização ocasionada pela simples condição de acusado requisita especial cautela do magistrado no momento do recebimento da formal acusação, por isso que se lhe impôs o dever de fundamentar – e bem fundamentar – seu juízo, positivo ou negativo.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, ob. cit., p. 31.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

¹² Diz-se fundamentada a decisão porque, data vênia, o magistrado – para atestar positivamente o juízo da denúncia – deverá, sob pena de nulidade, indicar os motivos pelos quais não a rejeita, seja por se convencer da inexistência do crime, seja por se convencer da improcedência da ação. Confira-se: “O juiz rejeitará a queixa ou a denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação”.

Daí, a violação do princípio constitucional do devido processo legal que, nesse particular, termina por deferir à acusação o direito de reafirmar os termos da imputação em momento não previsto em lei e, pior, após a defesa. A desobediência ao procedimento, assim, é manifesta!

E, neste particular, nunca é demais relembrar que, em sede de processo penal, a **observância irrestrita ao procedimento substancia garantia inarredável do acusado**; vale dizer, o indivíduo tem direito subjetivo à integralidade e à ordem do procedimento, sob pena de incerteza e insegurança.

Aliás, a hipótese dos autos bem demonstra a incerteza e a insegurança operadas pela não observância ao procedimento. Com efeito, bem ou mal, com ou sem razão, com ou sem necessidade, o Ministério Público optou por se manifestar longamente sobre o conteúdo da peça defensiva. Vale dizer, a acusação veio aos autos exatamente para – em meio à sua argumentação – reafirmar a validade dos termos da denúncia outrora apresentada e, nesse exato ponto, atacada oportunamente pela defesa.

Ora Excelências, a **resposta preliminar não tem caráter profilático**. É dizer, não se presta a resposta preliminar como medida preventiva para suscitar a atenção do Ministério Público em ordem a reafirmar e/ou corrigir a denúncia e, nesse tanto, preservar a higidez da formal acusação.

Afinal, se a defesa tivesse a inequívoca certeza de que o Ministério Público seria chamado para autêntica réplica, talvez a melhor estratégia fosse outra, postergando a arguição dos vícios da denúncia e da investigação. Mais, se tivesse o conhecimento de que a acusação seria suscitada a se manifestar sobre o conteúdo meritório da manifestação defensiva, talvez a melhor opção fosse outra, esvaziando o conteúdo da resposta preliminar.

Aliás, e a bem da verdade, a preservação do trâmite procedimental nos termos em que observados nestes autos, por certo, repercutirá na absoluta disfunção da resposta preliminar. Ou seja, a defesa não se sentirá prestigiada, de modo algum, a antecipar seus argumentos. E a

resposta preliminar, nesse tanto, será não raramente elaborada nos mesmos moldes vazios da defesa prévia da sistemática anterior.

Nesse descortino, parece à defesa que o Ministério Público – sempre reiterando as vênias à acusação, ao juízo de primeiro grau e ao Tribunal Regional – jamais poderia ser chamado a se manifestar sobre o conteúdo da resposta preliminar tempestivamente oferecida.

A criação de verdadeiro hiato procedimental, conferindo à acusação o direito de se manifestar sobre o conteúdo defensivo, desguarnece a estratégia defensiva.

E, no particular, nem mesmo a invocação do princípio constitucional do contraditório – uma vez mais pedindo vênias – socorre a acusação. É que, de fato, optou o legislador por não deferir ao Ministério Público o direito de se manifestar nessa fase.

Resta, pois, saber se é lícito ao legislador ordinário proceder desta maneira ou, na esteira da argumentação do Tribunal Regional, se aí haveria violação do princípio do contraditório. Opta a defesa, em que pese a força do argumento contrário, por sustentar a primeira linha de pensamento. E assim o faz porque, da análise sistêmica do ordenamento jurídico, não há dúvidas de que – em situações deveras mais graves para a tutela da liberdade – a defesa também não ostenta o poder de exercer o contraditório de imediato. A título exemplificativo, basta realçar que o acusado não é chamado a exercer o contraditório em sede de pedido de prisão preventiva levado a efeito pelo Ministério Público.¹³

Procura a defesa evidenciar, pois, que não há qualquer violação do contraditório na hipótese de o Ministério Público ser impedido de se manifestar incontinenti após a resposta preliminar, máxime porque, se o caso, poderá recorrer às instâncias superiores em caso de decisão desfavorável proferida pelo juízo singular. E, por ocasião de sua irresignação, poderá

¹³ Da mesma maneira, também não é chamado a se manifestar acerca de pedido de quebra de sigilo bancário, de interceptação telefônica ou, mesmo, de busca e apreensão.

demonstrar que outra é a melhor posituação do direito, assim como – e se o caso – que outra é a melhor interpretação dos fatos para a espécie.

Aliás, a leitura sistêmica do ordenamento jurídico permite afirmar, ainda e com absoluta retidão, que as hipóteses de manifestação do Ministério Público após a resposta da defesa são expressas taxativamente¹⁴.

Nesse passo, forçoso concluir que – exatamente por conferir integral tratamento à matéria – o procedimento então vigente dos crimes de responsabilidade de funcionário público não autorizava, de maneira alguma, a intervenção do Ministério Público após a manifestação defensiva. Não há falar, pois, também por esse motivo, nem mesmo em aplicação analógica, por certo que a lei, nesse tópico e tal qual assinalado, regulamentava a questão por inteiro.

Dai, em que pesem as considerações do *Parquet*, o necessário dever judicial de revogar o despacho que determinara a intimação do Ministério Público e, em conseqüência, desentranhar a ulterior manifestação, sob pena, inclusive, de ofensa direta ao princípio constitucional do devido processo legal.

Já não fosse grave e suficiente o vilipêndio ao princípio do devido processo legal, a defesa ainda abisma-se com a inovação procedimental, em prejuízo do acusado, na seara penal. Ora, certo é que, se há esfera do Direito onde o juiz deve ater-se fielmente aos regramentos, esta esfera é a criminal, pois, nela, o magistrado não apenas atua como aplicador da lei, mas também – e principalmente – como guardião da liberdade individual do cidadão.

Afinal, quanto “*maior é a contaminação por (...) furor*”

¹⁴ Na letra do artigo 409 da Lei nº 11.689/2008, a manifestação do Ministério Público após o oferecimento de resposta preliminar – desde que imputado crime doloso contra a vida – deve se limitar apenas e tão-somente ao pronunciamento quanto às questões preliminares suscitadas e quanto à juntada de documentos. Não havendo imputação de crime doloso, não há espaço no procedimento para a oitiva da acusação. No mesmo sentido, ou seja, afirmando expressamente a necessidade de intervenção do Ministério Público, o procedimento de julgamento dos crimes de competência originária.

*punitivo, maior é a necessidade de estabelecer um sistema dotado de garantias mínimas e inalienáveis, que informem um processo penal a serviço da efetiva tutela dos direitos fundamentais assegurados na Constituição”.*¹⁵

Diante, portanto, de tamanho “*furor punitivo*” por parte do Ministério Público - que lida, nesta conjuntura, com a pressão popular gerada pelas circunstâncias que ensejaram esta ação penal, assumindo-se como representante das expectativas estudantis -, cabe ao juiz preservar as garantias individuais protegidas pelo devido processo (penal). No caso, todavia, observou-se justamente o contrário, uma vez que o magistrado, por meio de seu despacho, possibilitou ao órgão acusador a nutrição de seu anseio por punir.

Mais grave ainda é o fato de o parecer ministerial - que serviu de fundamentação à decisão ora combatida, acolhido que fora em sua íntegra - justificar a manifestação do *parquet* em decorrência do depósito em juízo dos bens materiais, nos seguintes termos:

*“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 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.”*¹⁶

Ora, a leitura da manifestação ministerial de primeiro grau - em suas 15 laudas - dá claras mostras de que, ao contrário do sugerido pelo ilustre parecerista, o pronunciamento não se limitou, de maneira alguma, à ponderar sobre as canetas. Em verdade, o Ministério Público terminou por se manifestar incisivamente quanto ao mérito da resposta preliminar e, nesse tanto, ratificar com tinta nova os termos da pretensão punitiva. Apenas para

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. XXIV.

¹⁶ Nossos os grifos.

ilustrar, veja-se o seguinte parágrafo:

“A tentativa de defesa de Timothy Mulholland em não enfrentar o mérito da denúncia mediante a alegação de nulidade da ação porque o Ministério Público teria conduzido a investigação é totalmente infundada e apenas denota o grau de envolvimento do denunciado aos fatos criminosos relatados. Obviamente, é mais conveniente a alegação de nulidade da investigação do que justificar o esquema de desvio controlado, indiretamente, pelo denunciado.”

Onde, pois, as canetas?

E mais, se o Ministério Público se limitou a falar sobre as tais canetas – tal qual quer fazer crer o ilustre parecerista – por qual motivo a manifestação é dividida em tópicos, pronunciando-se inclusive sobre as respostas preliminares dos demais denunciados?

Confira-se, pois, o primeiro parágrafo da manifestação vergastada, a espancar toda e qualquer justificativa trazida pelo ilustre parecerista:

“O Ministério Público Federal, pelos Procuradores da República abaixo assinados, em atenção ao despacho de fl. 681, vem, perante esse d. Julzo, manifestar-se sobre as defesas preliminares apresentadas pelos denunciados ALEXANDRE LIMA às fls. 361/382; ELENILDE MARIA DUARTE, às fls. 511/520 e TIMOTHY MARTIN MULHOLLAND às fls. 538/561”.

A verdade, Excelência, é que a manifestação foi muito além do mero exame das canetas!

Dai, em que pesem as considerações do Tribunal ora apontado coator, o necessário dever judicial de, já agora, cassar o despacho que determinara a intimação do Ministério Público e, em conseqüência, desentranhar a manifestação de fls. 684/698 dos autos principais, sob pena, a nosso ver, de ofensa direta ao princípio constitucional do devido processo

legal.

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO *CUSTOS LEGIS*. A ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL, O DIREITO DE A DEFESA SE MANIFESTAR POR ÚLTIMO E O PREJUÍZO AO PACIENTE

Excelências, ponderou o magistrado de primeiro grau que o Ministério Público – no âmbito do processo penal – ostenta dúplice função: a de parte e a de *custos legis*. E, por isso, estaria autorizado a se manifestar nos autos após a resposta preliminar.

Não parece, no entanto, ser esse o cenário que se desenha no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em especial no que tange ao **direito de a defesa – sempre – utilizar a palavra por último**.

De fato, matéria correlata foi submetida ao Plenário da Corte Constitucional por ocasião do julgamento do HC nº 87.926/SP, publicado no DJU de 20/2/2008. Na oportunidade, após profundos debates, sobreveio posicionamento **unânime** no sentido de que **o direito de a defesa se pronunciar após o Ministério Público – mesmo quando se arvora o *parquet* em se atribuir o qualificativo de fiscal da lei – é decorrente do próprio sistema processual penal**.

O postulado do devido processo legal, pois, informa a seqüência entre as manifestações da acusação e da defesa, franqueando-se ao acusado – sempre – o direito de por último se utilizar da palavra.

Chama a atenção, aliás, o manifesto do eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando, após afirmar que “*custos legis é uma expressão ultrapassada*”, destaca que, “*em matéria penal, o Ministério Público não pode atuar binariamente como acusador e como *custas iuris*; os papéis não podem ser confundidos, porque as zonas de uma e de outra atuação são por demais tênues, imprecisas, vagas e, portanto, perigosas*”. E, arremata:

“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”.

Com efeito, obtempera o eminente Ministro CEZAR PELUSO que a invocação de *custos legis* parece “*caracterizar um desses artificios lingüísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais ao sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes*”. E, no particular, cita o magistério de ROGÉRIO SCHIETTI, *verbis*:

*“É, pois, superficial e simplista a distinção entre Ministério Público agente (parte) e Ministério Público consulente (fiscal), eis que, na ação penal condenatória, por mais que uma dessas funções se esconda por trás da roupagem verbal ou escrita da manifestação do membro do Parquet, estará ela sempre presente”.*¹⁷

Ao que parece, a excelsa Corte Constitucional, em bom momento, fez ressurgir NELSON HUNGRIA que, em análise da produção jurídico-penal das décadas de 20, 30 e 40, obtemperou com vigor que, salvo “*um ou outro julgado de maior fôlego, limitava-se [a produção] à obsedante enunciação de algumas regrinhas, de contestável acerto, mas que, à força de se repetirem, haviam adquirido o cunho de verdades axiomáticas*”.¹⁸

Se não bastasse, essa Egrégia Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do HC 18.166, fez ecoar, na dicção do eminente Ministro HAMILTON CARVALHIDO, orientação assentando que o “*Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional (Constituição da República, artigo 129, inciso I), é sempre parte, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual*”.

¹⁷ SCHIETTI, Rogério. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 94 e ss.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. *Casos Criminais Célebres*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 388.

Na espécie, além de **o magistrado de primeiro grau, no que foi acompanhado pelo Tribunal Regional Federal**, ter franqueado o pronunciamento do *parquet* após o oferecimento de resposta preliminar, **terminou por deferir o direito de a contestável duplicidade de funções do Ministério Público recair sobre um único órgão**. Noutras palavras, a **denúncia e o vergastado “parecer” foram apresentados pela mesma Procuradoria da República e, nesse tanto, subscritos pelos mesmos membros da Instituição**: a Procuradora da República RAQUEL BRANQUINHO MAMEDE NASCIMENTO e o Procurador da República RÔMULO MOREIRA CONRADO.

Vale dizer, o digno magistrado de primeiro grau – com as mais honestas vênias - assentou entendimento de que o mesmo Procurador da República que exerceu suas funções durante todo o inquérito policial – coletando, inclusive, dados para a propositura da ação penal – pode, depois de a defesa se manifestar nos autos, oferecer novo pronunciamento – já agora investido da condição de *custos legis* – para que, em seguida, o magistrado delibere acerca do recebimento, ou não, da denúncia.

Excelências, parece aos impetrantes que o procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários, de fato, jamais contemplou esta etapa. Mais grave ainda, concessa venia, é a ausência do devido controle judicial sobre a atividade do *parquet*.

Com efeito, não se discute nesse *habeas corpus* a relevância do papel desempenhado pelos combativos Procuradores da República, tampouco o relevo do próprio Ministério Público, desenganadamente uma das instituições de maior prestígio no cenário nacional.

A questão posta nesse *habeas corpus*, em verdade, diz exatamente com a necessidade de estabelecer alguns limites de atuação do Ministério Público, preservada sua independência. Até porque, embora grandiosa Instituição não esteja vinculada ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário, nem por isso se vê livre de controle.

E, nesse passo, ousam os impetrantes afirmar que a defesa –

a rigor – também se apresenta no processo penal como fiscal da atividade desenvolvida pelo próprio Ministério Público, como, aliás, assentou noutros termos em sua resposta preliminar.

Aliás, chama a atenção dos impetrantes que, durante as investigações centralizadas na Universidade de Brasília, o Ministério Público – **com as devidas vênias de seus representantes** – já usurpou as funções da polícia judiciária, por meio da coleta de registros inquisitoriais sob sua própria direção, chegando inclusive a figurar como apresentante de mandado de busca e apreensão levado a efeito em desfavor de um dos co-réus.¹⁹

Se não bastasse, parece à defesa que o Ministério Público também já usurpou atribuição própria do Poder Judiciário, na medida em que, noutra oportunidade, cindiu a mesma investigação em duas ações penais sem a observância do postulado no artigo 80 do Código de Processo Penal.²⁰

E, já agora, o Ministério Público faz as vezes da defesa, manifestando-se - **por último** - antes do pronunciamento judicial acerca do recebimento, ou não, da denúncia.

Ora, a apresentação de resposta preliminar, prerrogativa legal do acusado por excelência, não pode servir como suporte de réplica acusatória. Em casos tais, haveria subversão, por completo, dos objetivos da lei e das garantias processuais.

Excelências, com a mais respeitosa vênia, é exatamente essa limitação que a defesa pretende ver reconhecida pelo Poder Judiciário. Buscam-se, pois, garantias mínimas; ou seja, um *“verdadeiro freio aos excessos do poder punitivo estatal e instrumento a serviço do indivíduo, atuando ainda como filtro constitucional, pelo qual devem passar as normas penais e também*

¹⁹ A matéria, contudo, é objeto da resposta preliminar nos autos dos procedimentos 2008.34.00.013502-5 e 2008.34.00.027776-5. Foge, portanto, da questão posta neste *habeas corpus* (doc. 01 e doc. 04).

²⁰ Nos mesmos termos da nota anterior, a questão está inserida na resposta preliminar apresentada nos autos do procedimento 2008.34.00.027776-5, escapando, pois, do conteúdo deste *writ* (doc. 04).

processuais".²¹

Afora isso, tão grave quanto à apresentação de réplica por parte do Ministério Público é a negativa do magistrado de primeiro grau, no que foi acompanhado pela Egrégia Corte Regional, em franquear à defesa a *"abertura de vista dos autos para manifestação quanto ao conteúdo meritório da manifestação da acusação"*. Noutros termos, pugnavam-se tão-somente pela observância de regra básica decorrente da sistemática do processo penal, qual seja: o direito de a defesa falar por último como corolário do princípio constitucional do contraditório.

Com efeito, em pena – sempre elegante – do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, registrou-se que *"em processo penal, é norma básica, sob o ângulo da fala, o pronunciamento da defesa após o da acusação. A razão de ser, não bastasse a sabedoria popular quanto ao riso, mostra-se única: a possibilidade de a defesa refutar o que veiculado pelo Estado acusador"*.

Na mesma linha, manifestou-se o eminente Ministro MENEZES DIREITO, para quem *"a interpretação consentânea com o sistema jurídico penal brasileiro, de acordo com o sistema constitucional, é a de que a acusação fala sempre antes da defesa"*.

Afirmou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pois, que, em sede de processo penal, mesmo na hipótese de o Ministério Público se arvorar na condição de *custos legis*, o direito de se manifestar por último é sempre da defesa.

No mesmo sentido, pronunciou-se a Egrégia 6ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RHC 4.457/SP, da relatoria do eminente Ministro ADHEMAR MACIEL.

Se não bastasse, ao revés do que assentou o Tribunal Regional Federal, **o prejuízo advindo da atipicidade constitucional é certo e bifronte** na esteira, aliás, da advertência feita pela eminente Ministra CARMEN

²¹ LOPES JÚNIOR, ob. cit., p. XXIV.

LÚCIA, *verbis*:

“Tenho para mim que essa presunção, neste estado constitucional democrático fundado na Constituição de 88, teria dois momentos que poderíamos apurar como juizes. O primeiro é o da insegurança jurídica, uma vez que a pauta constitucional fixada pelo devido processo legal não foi observada. Então, realmente, há uma presunção constitucional de segurança pela observância do que é fixado na ordem processual, aqui rompida. O segundo prejuízo é pela ausência de possibilidade de se defender daquilo que seja eventualmente alertado”.

Na espécie, cumpre assinalar uma vez mais que não foi concedido nem mesmo o pedido sucessivo, vale dizer, a possibilidade de a defesa falar por último. Nesse particular, causa espécie à defesa o argumento da ausência de prejuízo. Afinal, **se** – no entender do Tribunal Regional Federal – **a manifestação do Ministério Público não implica em qualquer prejuízo para o paciente, indaga-se qual o prejuízo que a acusação experimenta ao se franquear o direito de a defesa, então, manifestar-se por último?** Ora, se a violação do procedimento não traz qualquer prejuízo para o réu, a violação procedimental seguinte também não traria prejuízo algum para a acusação.

Entretanto, ainda assim optou o Tribunal Regional Federal por prestigiar o vício ocasionado pela acusação em detrimento da justa resistência posta pela defesa.

Gize-se, inclusive, que – bem ou mal - há **pretensão** posta na manifestação do Ministério Público²². Vale dizer, o *parquet* pugna, pede, requer, pleiteia. E, com as devidas vênias da autoridade ora apontada como coatora, **pedido é próprio de quem é parte e, não, de quem se apresenta como parecerista**. Daí porque, havendo pedido do Ministério Público – ainda que se admita a fustigada atribuição de *custos legis* – há de ser, pelo menos, facultada à defesa a possibilidade de impor resistência aos requerimentos formulados.

²² Em sua longa manifestação, o Ministério Público – **além de reforçar os termos da denúncia** – faz ao menos dois pedidos: venda de bens e desmembramento da investigação.

3 – PEDIDOS

Excelências! Na espécie, o Ministério Público se valeu de autêntica réplica, de todo rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo certo, ainda, que a manifestação foi subscrita pelos mesmos Procuradores da República que ofereceram a denúncia e, ainda, participaram ativamente da investigação.

O Tribunal Regional Federal indeferiu a ordem se valendo argumento não contido na decisão de primeiro grau. Se não bastasse, a orientação sufragada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal dá claras mostras de que, em se tratando de processo penal, a defesa deve se manifestar por último. Sempre!

Por fim, é corrente na melhor doutrina o entendimento de que o vício decorrente de atipicidade constitucional - como o é a violação ao devido processo legal - encerra nulidade absoluta.


Forte nessas razões, pugnam os impetrantes:

- (a) pelo deferimento de medida liminar, a fim de que se suspenda o curso do andamento do procedimento 2008.34.00.013502-5, já agora distribuído sob o nº 2008.34.00.029391-7, em tramitação na 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal;
- (b) pela concessão da ordem para cassar o acórdão impugnado, a fim de que o Tribunal Regional Federal reexamine a matéria nos limites da decisão de primeiro grau;

(c) pela concessão da ordem a fim de determinar o desentranhamento da manifestação do Ministério Público juntada após o oferecimento de resposta preliminar ou, sucessivamente, para determinar a abertura de vista dos autos à defesa com vistas a lhe facultar, então, o direito de apresentar manifestação escrita sobre o conteúdo meritório posto no pronunciamento do *parquet*.

Termos em que,
pedem deferimento.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009.


FREDERICO DONATI BARBOSA

OAB/DF 17.825


ALDO DE CAMPOS COSTA

OAB/DF 16.296


MARCELO TURBAY FREIRIA

OAB/DF 22.956


CONRADO DONATI ANTUNES

OAB/DF 26.903


MAYRA COTTA CARDOZO DE SOUZA

RG 2480079 SSP/DF