

12/05/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.033-8 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACIENTE(S) : WASHINGTON DA CUNHA MENEZES
IMPETRANTE(S) : CARLOS EDUARDO BOIÇA MARCONDES DE MOURA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CONCUSSÃO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ART. 514 E SEQUINTE(S) DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

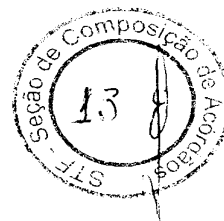
1. A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser argüida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes.

2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção. Precedentes.

3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o art. 514 do Código de Processo Penal tem por objetivo "dar ao réu-funcionário a possibilidade de evitar a instauração de processo temerário, com base em acusação que já a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada. Obviamente, após a sentença condenatória, não se há de cogitar de consequência de perda dessa oportunidade de todo superada com a afirmação, no mérito, da procedência da denúncia" (HC 72.198, DJ 26.5.1995).

4. Se a alegação de excesso de prazo não foi apreciada pelas instâncias anteriores não cabe ao Supremo Tribunal dela conhecer, sob pena de supressão de instância.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e na parte conhecida denegado. *K*



HC 97.033 / SP

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em **conhecer, em parte, do pedido de habeas corpus, mas, nesta parte, em indeferi-lo**, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 12 de maio de 2009.


Ministra **CARMEN LÚCIA** - Relatora

12/05/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 97.033-8 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
PACIENTE(S) : WASHINGTON DA CUNHA MENEZES
IMPETRANTE(S) : CARLOS EDUARDO BOICA MARCONDES DE MOURA
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado CARLOS EDUARDO BOIÇA MARCONDES DE MOURA em favor de WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, Delegado da Polícia Federal, preso preventivamente em 5 de julho de 2007 e denunciado pelo eventual cometimento do crime de concussão (art. 316 do Código Penal) de forma continuada (art. 71 do Código Penal). No presente *habeas corpus*, volta-se o Impetrante contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 23 de setembro de 2008, denegou o *Habeas Corpus* n. 108.385, nos termos do voto do eminente Relator, Ministro Felix Fischer, que expôs o caso e decidiu nestes termos:

"Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WASHINGTON DA CUNHA MENEZES, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no writ n.º 2007.03.00.093387-2, que denegou a ordem. Eis a ementa do v. acórdão:

'HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA. PEDIDO NÃO CONHECIDO. ARTIGO 514 DO CPP. DISPENSÁVEL A DEFESA PRELIMINAR. SÚMULA 330 DO STJ. AÇÃO PENAL PRECEDIDA POR INQUÉRITO POLICIAL. ORDEM DENEGADA.

1. Prisão do paciente decretada em razão das investigações realizadas pela Polícia Federal de Assis/SP, que instaurou inquérito policial para apurar as condutas delitivas praticadas por funcionários públicos, no exercício de suas funções ou em razão delas.

2. Diligências empreendidas para apurar a prática dos crimes de prevaricação, peculato, concussão, advocacia administrativa, corrupção ativa e passiva, venda de

HC 97.033 / SP

informações privilegiadas, escuta telefônica ilegal, extorsão mediante seqüestro e lavagem de dinheiro.

3. Pedido de liberdade provisória não conhecido, uma vez que apreciado em habeas corpus impetrado anteriormente.

4. A defesa preliminar prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal é desnecessária quando a ação penal for antecedida de inquérito policial. Súmula 330 do STJ.

5. Writ conhecido em parte e, na parte conhecida, denegada a ordem.'

No presente mandamus, alega-se que a ação penal está maculada por nulidade absoluta consistente na ausência de notificação do paciente para que apresentasse defesa preliminar, nos exatos termos do art. 514, parágrafo único, do CPP. Requer-se, assim, a concessão da ordem, para que o processo seja anulado desde o recebimento da denúncia e, conseqüentemente, seja o paciente posto em liberdade em razão do excesso de prazo.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 161/162, manifestou-se pela denegação da ordem.

(...)

A irresignação não merece ser acolhida.

Relativamente à quaestio, o e. Tribunal a quo assim se manifestou:

'O artigo 514 do Código de processo Penal prevê que o recebimento da denúncia ofertada em face de servidor público, no caso de crimes afiançáveis, será precedida de notificação do denunciado para, no prazo de 15 (quinze) dias, responder a acusação por escrito.

Todavia, consoante reiterada jurisprudência, quando a ação penal for antecedida de inquérito policial a intimação para a apresentação de defesa preliminar é desnecessária.

Nesse sentido a súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça:

'Súmula 330: É desnecessária a resposta preliminar de que trata ao artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial'.

Assim, não obstante o paciente ser funcionário público, considerado que ação penal originária foi instruída por inquérito policial, dispensável a apresentação de defesa preliminar.' (Fl. 157).

De fato, tal entendimento está de acordo com o seguido por este Superior Tribunal de Justiça, na medida em que se trata de nulidade relativa que, para ser reconhecida, exige prova de prejuízo e arguição oportuna (art. 572, inciso I, do CPP), pois este não se presume. Além do mais, a instauração da ação penal foi precedida de inquérito policial, fazendo-se dispensável a audiência preliminar. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

'(...)' (HC 101.736/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 01/09/2008).

'(...)' (HC 90.664/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 21/02/2008). *fl*

HC 97.033 / SP

'(...)' (HC 57.473/PI, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 12/03/2007).

'(...)' (HC 63.479/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 16/10/2006).

Ademais, tal orientação está sumulada: 'É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.' (Súmula nº 330-STJ).

Ante o exposto, denego a ordem (...)" (fls. 13-16).

2. No presente habeas corpus, reitera-se a alegação de que não teria sido obedecido o disposto no art. 514 do Código de Processo Penal.

O Impetrante invoca precedentes deste Supremo Tribunal, ambos no sentido de que a notificação prévia seria necessária mesmo quando a denúncia se ampara em inquérito policial (*Habeas Corpus* ns. 85.779, Rel. Ministro Gilmar Mendes, de que fui Relatora para o acórdão, DJE 28.6.2007; e 89.686, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJE 16.8.2007).

Extraí-se do último dos precedentes mencionados:

"EMENTA: (...) IV. Nulidade processual: inobservância do rito processual específico no caso de crimes inafiançáveis imputados a funcionários públicos. Necessidade de notificação prévia (CPrPenal, art. 514). 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. HC 73.099, 1ª T., 3.10.95, Moreira, DJ 17.5.96) que o procedimento previsto nos arts. 513 e seguintes do C.Pr.Penal se reserva aos casos em que a denúncia veicula tão-somente crimes funcionais típicos (C.Penal, arts. 312 a 326). 2. No caso, à luz dos fatos descritos na denúncia, o paciente responde pelo delito de concussão, que configura delito funcional típico e o co-réu, pelo de favorecimento real (C. Penal, art. 349). 3. Ao julgar o HC 85.779, Gilmar, Inf.STF 457, o plenário do Supremo Tribunal, abandonando entendimento anterior da jurisprudência, assentou, como obter dictum, que o fato de a denúncia se ter respaldado em elementos de informação colhidos no inquérito policial, não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia (CPP, art. 514) do acusado. 4. Habeas corpus deferido, em parte, para, tão-somente quanto ao paciente, anular o processo a partir da decisão que recebeu a denúncia, inclusive, a fim de que se obedeça ao procedimento previsto nos arts. 514 e ss. Do C.Pr.Penal e, em caso de novo recebimento da denúncia, que o seja apenas pelo delito de concussão".

HC 97.033 / SP

3. Sustenta que, nos referidos precedentes, ter-se-ia firmado o entendimento de que a nulidade por inobservância do art. 514 do Código de Processo Penal seria absoluta.

4. O Impetrante requer a "concessão da medida liminar do writ, concedendo a nulidade por violação ao art. 514 do CPP, sem prejuízo do deferimento da liberdade provisória em favor do paciente, **diante do flagrante excesso de prazo**, posto que a nulidade desnudará por completo o recebimento da denúncia, instrução e sentença condenatória, o que implicará em prisão por prazo superior a 01 (um) ano, sem juízo de culpa formado" (fl. 11 - grifos no original).

No mérito, pede a concessão da ordem, "para o fim de tornar definitiva a concessão liminar, deferindo o Writ, tudo para anular o processo por violação ao art. 514 do CPP, a contar do recebimento da denúncia, e os posteriores atos produzidos, incluindo-se a sentença condenatória, de modo a assegurar o direito à apresentação dentro do prazo de 15 dias da defesa preliminar, imanente a condição de funcionário público, tudo cf. fundamentação, sem prejuízo de ser também confirmada a liberdade provisória, deferindo aguarde o paciente o curso do processo em liberdade, mormente pelo prazo que já se encontra preso e o refazimento certamente imporá excesso de prazo na instrução" (fl. 11).

5. Em 19 de dezembro de 2008, indeferi o pedido de liminar e solicitei informações ao Superior Tribunal de Justiça, para que, na seqüência, fosse dada vista dos autos à Procuradoria-Geral da República (fls. 214-221).

6. As informações foram prestadas em 6.4.2009 e encaminhadas a este Supremo Tribunal Federal em 13.4.2009 (fls. 240-1445).

7. Em 3 de abril de 2009, a Procuradoria-Geral da República opinou pela "denegação da ordem" (fl. 69).

É o relatório. *cl*

HC 97.033 / SP

V O T O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. A tese principal do presente *habeas corpus* é de nulidade do processo, sob o argumento de que não teria sido observado o procedimento previsto nos arts. 514 e seguintes do Código de Processo Penal.

Parte o Impetrante da premissa de que essa nulidade, se existente, seria absoluta e, portanto, poderia ser reconhecida a qualquer tempo, ainda que depois de transitada em julgado a condenação.

O Impetrante, contudo, não tem razão de direito.

A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa, o qual, portanto, deve ser argüido oportunamente, sob pena de preclusão (*Habeas Corpus* ns. 89.686, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 17.8.2007; 71.237, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 1.7.1994; 68.621, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 2.8.1991; 65.277, Rel. Ministro Djaci Falcão, DJ 3.10.1987; 65.261, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 31.10.1987; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 54.705, Rel. Ministro Cunha Peixoto, DJ 1º.11.76; e Recurso Extraordinário n. 71.161, Rel. Ministro Djaci Falcão, RTJ 60/489).

Na mesma linha, o *Habeas Corpus* n. 91.760, de que fui Relatora, DJE 28.2.2008:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE PECULATO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ART. 514 E SEGUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NULIDADE RELATIVA. (...)

1. A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser arguida oportunamente, sob pena de ¹

HC 97.033 / SP

preclusão. Precedentes. (...) 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e na parte conhecida deferida parcialmente a ordem".

2. Na espécie vertente, constam documentos que demonstram ter sido a questão suscitada quando do interrogatório do Paciente (fls. 501-502), sendo posteriormente decidida pelo Juízo local, que entendeu dispensável a defesa preliminar (fls. 535-536). A questão também foi suscitada na defesa prévia (fls. 539-547), nas alegações finais (fls. 961-995) e no recurso de apelação (fls. 1108-1245), não se podendo falar, portanto, em preclusão.

3. Contudo, apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de "prova impossível" - HC 84.835, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.8.2005; e HC 85.443, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.5.2005 -, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (Código de Processo Penal, arts. 563 e 566; *Habeas Corpus* ns. 81.510, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e 74.671, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 11.4.1997) quanto a de nulidade relativa (*Habeas Corpus* ns. 88.755, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.12.2006; 74.356, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 25.4.1997; 73.099, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17.5.1996).

No caso ora apreciado, entretanto, a defesa do Paciente não demonstrou em quê se entendera prejudicada pela preterição da formalidade, limitando-se a ressaltar que a inobservância do procedimento previsto no art. 514 do Código de Processo Penal teria contrariado os princípios da "ampla defesa" (fls. 296 e 1204), do "contraditório" (fls. 296 e 1204), da "legalidade" (fls. 715 e 1204), do "devido processo legal" (fl. 1204) e da "dignidade da pessoa humana" (fl. 1204), sustentando, inclusive - e a despeito da jurisprudência majoritária deste Supremo Tribunal -, que, "por se tratar de nulidade absoluta, (...) a comprovação de dano" seria dispensável, "pois a simples violação do direito [seria] suficiente para impingir a pena de nulidade" (fls. 8 e 1204).*u*

HC 97.033 / SP

Todavia, em caso análogo à espécie, no qual os "(...) pacientes, (...) inobstante o fato de serem funcionários públicos, foram processados criminalmente sem que, para tanto, fosse a eles oportunizada a notificação prévia determinada pelos artigos 513 e 514 do Código de Processo Penal (...)", o eminente Ministro Celso de Mello deixou consignada a sua convicção, da qual compartilho plenamente, no sentido de que, "(...) [a]inda que alegada em momento procedimentalmente adequado, essa nulidade (...), para ser reconhecida, exige a demonstração de efetivo prejuízo à defesa do réu (RT 628/408), pois não se declara nulidade processual por mera presunção (...)" (HC 88.755, DJ 15.12.2006).

Portanto, inexistindo a demonstração do eventual prejuízo decorrente da não-observância do art. 514 do Código de Processo Penal, a alegada nulidade - absoluta ou relativa - não pode ser decretada, notadamente ao se considerar o verdadeiro objetivo da referida oportunidade processual, que, no entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, exteriorizado no julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.198, Rel. Min. Ilmar Galvão, seria o de "(...) dar ao réu-funcionário a possibilidade de evitar a instauração de processo temerário, com base em acusação que já a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada. Obviamente, após a sentença condenatória, não se há de cogitar de consequência de perda dessa oportunidade de todo superada com a afirmação, no mérito, da procedência da denúncia (...)" (DJ 26.5.1995).

4. Ademais, mesmo que este Supremo Tribunal Federal pudesse reconhecer a eventual inobservância do rito previsto no art. 514 do Código de Processo Penal, anulando-se, em consequência, o processo principal desde a decisão de recebimento da denúncia, disso não resultaria, necessariamente, a imediata expedição de alvará de soltura.

É que na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a nulidade da condenação restabelece o título antecedente da prisão, seja ela decorrente de flagrante, de decreto de prisão preventiva ou da pronúncia (*Habeas Corpus* ns. 88.801, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 8.9.2006; 89.183, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25.8.2006; 86.518, Rel. *α*

HC 97.033 / SP

Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27.3.1998; e 89.954, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 26.2.07; e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 84.308, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 24.2.2006).


Portanto, ainda que fosse viável o deferimento da presente ordem e anulada a condenação, o Paciente permaneceria preso por força do título antecedente da prisão, que, pelo que se tem dos autos, foi decretada antes mesmo do recebimento da denúncia.

5. É bem certo que, se fosse anulada a sentença condenatória - cuja superveniência prejudica a questão do excesso de prazo a ela antecedente (*Habeas Corpus* ns. 86.473, Rel. Ministro Carlos Britto, DJ 31.3.2006; 86.630, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 7.12.2006; 89.331, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 29.6.07; 81.599, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 29.8.2003; 84.077, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 3.9.2004; e 85.173, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 3.6.2005) -, reabrir-se-ia a possibilidade de discutir a ocorrência de excesso de prazo da prisão.

No ponto, como visto, foi atento o Impetrante, que, no pedido formulado, requereu a expedição de alvará de soltura como consequência do excesso de prazo que, segundo entendeu, ficaria caracterizado se anulado o processo.

Eventual excesso de prazo, contudo, é questão autônoma, que sequer foi apreciada nas impetrações antecedentes, razão pela qual, de qualquer modo, dela não caberia ao Supremo Tribunal Federal conhecer, sob pena de supressão de instância.

6. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de se conhecer parcialmente da presente ação e, na parte conhecida, de se denegar a ordem.

É o meu voto. 

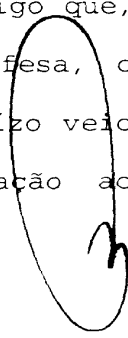
12/05/2009**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 97.033-8 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, tenho dificuldades em acompanhar a relatora no voto proferido.

Não posso vislumbrar no crime imputado, que gerou a condenação do paciente, uma espécie inafiançável. Por que não? Porque se aplica, a meu ver, o artigo 323 do Código de Processo Penal, a revelar que "não será concedida fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos" - e no caso não é -, sem considerar-se a ficção jurídica, que deve ser interpretada de modo a beneficiar o acusado, e não a prejudicá-lo, que é a decorrente do crime continuado. Afasto esse óbice, vislumbrado pelo Ministério Público, para não se ter a concessão da ordem.

Surge o problema do prejuízo no que não se observou - e é estreme de dúvidas que não se observou e houve articulação a tempo, para aqueles que enquadram o desprezo à forma como a gerar nulidade relativa - a notificação prévia, a teor do disposto no artigo 514 do Código de Processo Penal, para o acusado apresentar defesa antes de ter-se, em si, a sequência do processo.

Aponta a relatora que não haveria prejuízo. Digo que, nesse caso, como se trata do exercício do direito de defesa, o prejuízo é latente. Mas, não bastasse esse aspecto, o prejuízo veio a ser certificado em sentença no que se impôs condenação ao



HC 97.033 / SP

paciente. Por isso é que tenho dificuldade, Senhor Presidente, em acompanhar a relatora e peço vênica para conceder a ordem.

A questão alusiva ao excesso de prazo depende da conclusão da Turma. Anulado o processo, retornar-se-á ao estado anterior, ao estado em que se deu realmente o ato que motivou a anulação e, então, haverá o excesso, mas, não anulado, estará o paciente a cumprir a pena.

Concedo a ordem para entender que se tem o prejuízo como demonstrado e que não há o óbice apontado na manifestação da Procuradoria Geral da República. O crime - a concussão -, como a pena mínima está no patamar de dois anos, não é superior a dois anos, mostrou-se afiançável.

É como voto.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 97.033-8

PROCED.: SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S): WASHINGTON DA CUNHA MENEZES

IMPTE.(S): CARLOS EDUARDO BOIÇA MARCONDES DE MOURA

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma conheceu, em parte, do pedido de **habeas corpus**, mas, nesta parte, o indeferiu; vencido o Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, 12.05.2009.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto.
Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Ricardo Dias Duarte
/ Coordenador