

16/08/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(s) : STEVEN FRED IKECHUKWU OU STEVEN FRED
IKECHUKWU ISRAEL
ADV.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Crime de tráfico de entorpecentes. Defesa prévia. Não localização do réu. Notificação da Defensoria Pública. Observância do rito procedimental do art. 55 da Lei nº 11.343/06. Constrangimento ilegal não caracterizado. Recurso não provido.

1. Descabe o argumento relativo à nulidade do processo em virtude da determinação de intimação da Defensoria Pública para fins de apresentação de defesa preliminar ao réu, que se encontrava em local incerto e não sabido, máxime quando veio a ser posteriormente preso, citado e intimado dos atos processuais, tendo constituído defensor e, em seguida, postulado a nomeação da Defensoria Pública da União para sua assistência.

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

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.



RHC 99.779 / SP

Brasília, 16 de agosto de 2011.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

16/08/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S) : STEVEN FRED IKECHUKWU OU STEVEN FRED
IKECHUKWU ISRAEL
ADV.(A/S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto pela Defensoria Pública da União, buscando o reconhecimento da ocorrência de nulidade, decorrente de determinação do MM. Juiz da 4ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo, que ordenou a intimação da Defensoria Pública da União, para fins de apresentação de defesa preliminar, na forma do art. 55 da Lei nº 11.343/06, sem que tivesse havido, previamente, diligencia do Oficial do Juízo visando à intimação pessoal do acusado, ou a efetivação da devida intimação por meio de edital.

O recurso foi interposto contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, denegou a ordem no HC nº 120.246/SP impetrado àquela Corte, da relatoria do Ministro **Arnaldo Esteves Lima**.

Alega o recorrente, em síntese, que "a Lei nº 11.343/06 determina que seja realizada a notificação do réu, não sendo atribuição da Defensoria indicar os locais onde este pode ser encontrado, quando se verifica que os endereços em questão consta dos próprios autos e se nem foram feitas diligências na fase judicial. (...) Ora, o fato de terem restado infrutíferas as tentativas de localização do paciente na fase do inquérito policial não permite concluir que, necessariamente, ele não será encontrado na fase judicial. Nesse passo, vale destacar que a intimação para a apresentação da defesa preliminar é ato de suma importância para efetiva observância do devido processo legal nos delitos de tóxicos, sendo pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores de que a inobservância do rito procedimental previsto na lei, no tocante à necessidade de

RHC 99.779 / SP

apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica em afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa”(fl. 330).

Requer, assim, que seja dado provimento ao recurso, declarando-se a “*nulidade do despacho que ordenou a intimação da Defensoria Pública da União para apresentar defesa preliminar em nome do paciente, procedendo-se à sua regular notificação (...) e o refazimento dos atos processuais”(fl. 334).*

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 353 a 358).

É o relatório.

16/08/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se este recurso contra o acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, que denegou a ordem no HC nº 120.246/SP impetrado àquela Corte.

Eis a ementa daquela decisão:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DEFESA PRÉVIA. NÃO-LOCALIZAÇÃO DO RÉU. NOTIFICAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei 11.343/06, ao definir o rito para a apuração dos delitos nela tipificados, dispôs, em seu art. 55, a regra da notificação do acusado, antes do recebimento da denúncia, para o oferecimento de defesa preliminar.

2. Constando dos autos a informação, corroborada pelo advogado então constituído, de que o paciente encontrava-se em local incerto e não-sabido, agiu com acerto o juiz ao determinar a intimação da Defensoria Pública para a apresentação de defesa prévia, nos moldes exigidos pelo art. 55 da Lei 11.343/06, não havendo falar em cerceamento de defesa, tampouco em violação do rito procedimental previsto na nova Lei de Tóxicos.

3. Ordem denegada” (fls. 316 a 320).

Sustenta o recorrente, em síntese, a ocorrência de nulidade, decorrente da determinação do MM. Juiz da 4ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo, que ordenou a intimação da Defensoria Pública da União, para fins de apresentação de defesa preliminar, na

RHC 99.779 / SP

forma do art. 55 da Lei nº 11.343/06, sem que tivesse havido, previamente, diligência do Oficial do Juízo visando à intimação pessoal do acusado, ou a efetivação da devida intimação por meio de edital.

Sem êxito nos **habeas corpus** impetrados perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e no STJ, reitera, neste recurso, que o feito não poderia ter prosseguido sem a citação, ainda que ficta, do paciente, ao fundamento de que estaria em lugar incerto e não sabido, uma vez que não foram realizadas diligências na fase judicial para fins de localização do acusado nos endereços constantes dos autos, restando insuficientes aquelas realizadas para tanto na fase inquisitorial.

Nessa esteira, vislumbrando inequívoco prejuízo na ausência de intimação pessoal do paciente, bem como na não aplicação do disposto no art. 365 do Código de Processo Penal na espécie, postula o provimento do apelo ordinário para que, em homenagem aos princípios do devido processo legal e do contraditório, seja reconhecida a nulidade do despacho que ordenou a intimação apenas da DPU para oferecimento da defesa preliminar do paciente (fls. 323/334).

O recurso não comporta provimento.

A impetrante sustenta a tese de que ao paciente assiste o direito de ser previamente procurado por meio de servidor do juízo, ainda que para atestar que ele se encontra em local incerto e não sabido, bem como, uma vez positivada a falta de elementos sobre seu paradeiro, o direito de ser empreendida prévia notificação, por meio de edital, para igual finalidade. Somente então, mantida a recalcitrância, estaria o Juízo autorizado a nomear-lhe a Defensoria Pública da União para assumir-lhe a defesa processual.

Como bem destacado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi** em seu parecer (fls. 353 a 358):

“As razões oferecidas no apelo ordinário não são suficientes para alterar o julgado proferido pelo STJ, que rechaçou a tese de nulidade do despacho que resultou na intimação da DPU para oferecer defesa preliminar porque ausente prejuízo no modo como aplicado o disposto no art. 55

RHC 99.779 / SP

da nova Lei de Drogas. Na ocasião, determinou o magistrado da 4ª Vara Criminal Federal de São Paulo (fl. 98):

'Tendo em vista tratar-se de delito previsto na lei 11.343/06, e levando-se em consideração as certidões de fls. 35 e 37, determino a intimação da Defensoria Pública da União para que apresente a defesa preliminar do denunciado, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 55 da Lei de Tóxicos.

Sem prejuízo, defiro o requerido pelo órgão ministerial à fl. 80, item III, oficiando-se.

Quanto à eventual prisão preventiva do denunciado, aguarde-se a vinda da defesa preliminar.'

Em que pesem as manifestações anteriores do *Parquet*, favoráveis à tese da recorrente, reputamos acertada a posição do tribunal *a quo*, que considerou suficiente o fracasso das diligências levadas a cabo pela Polícia Federal na tentativa de localizar o paciente na fase pré-processual para justificar a adoção da medida pelo juízo da origem.

Colhemos das certidões de fls. 41, 44/47 e 53/57 que o paciente não foi encontrado em nenhum dos endereços listados no inquérito policial, tendo o próprio advogado do investigado declarado, tempos depois, que o mesmo desaparecera (fl. 57).

Por outro lado, a notificação de que trata o art. 55 da Lei n. 11.343/06 não tem a mesma natureza jurídica da citação do réu, que deve ser pessoal, editalícia ou por hora certa. É procedimento prévio de inegável relevância para fins de concretização do princípio da ampla defesa, mas que não tem o escopo de viabilizar a efetiva formalização da relação processual. Aproxima-se, pois, da intimação, que, à evidência, não se sujeita aos trâmites do art. 351 e seguintes do Código de Processo Penal.

Guilherme de Souza Nucci oferece conceitos distintos de

RHC 99.779 / SP

citação e de intimação, equiparando o conceito de notificação a esse último:

‘Não vemos diferença alguma entre os termos *intimação* e *notificação*, por vezes usados na lei processual penal. Aliás, se fôssemos adotar uma posição que os distinguisse, terminariamos contrapondo normas do próprio Código de Processo Penal, que não respeitou um padrão único. Há quem aprecie dizer ser a intimação apenas a ciência de algo e a notificação a convocação a fazer algo, mas nota-se, em várias passagens, que o Código usa, indiscriminadamente, os termos. Logo, cremos correto unificá-los, considerando-os sinônimos.’

Por certo, a Lei n. 11.343/06 prevê a citação pessoal do réu em seu art. 56, o que corrobora a distinção dos atos processuais e afasta a plausibilidade de aplicação subsidiária do art. 361 do CPP na fase preliminar.

Dessa feita, tendo sido intimada a DPU para fins de oferecimento da defesa preliminar, regularmente apresentada no prazo previsto (fls. 286/291), não vislumbramos mácula que justifique a declaração de nulidade do procedimento.”

Em conformidade com o julgado do Superior Tribunal de Justiça e com as informações complementares do Juízo da 4ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo, verifica-se que o réu efetivamente encontrava-se em local incerto e não sabido por ocasião da apresentação da defesa preliminar pela ora recorrente, tendo, posteriormente, sido preso, ocasião em que, representado por advogado constituído, ratificou a informação relativa a sua ausência do distrito da culpa.

Assevere-se, ainda, que, no curso da ação penal, veio o réu a desconstituir seu defensor, passando a ser novamente representado pela Defensoria Pública da União, de molde que, mesmo se fosse o caso de proclamar-se eventual irregularidade quanto àquela pretérita notificação,

RHC 99.779 / SP

encontrar-se-ia sanado o vício processual, por absoluta falta de prejuízo ao paciente.

Esta Suprema Corte já assentou o entendimento de que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas” (HC nº 81.510/PR, Primeira Turma, da relatoria do Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 12/4/02).

Como estabelece o art. 563 do Código de Processo Penal, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Lembra GUILHERME DE SOUZA NUCCI (**Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 906) que “no cenário das nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais.”

Como é cediço, 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 por mera presunção. Nesse sentido, diversos os precedentes deste Supremo Tribunal (HC nº 97.062/PE, Segunda Turma, Rel. Min. **Ellen Gracie**, DJe de 24/4/09; HC nº 85.017/MG, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 3/8/07).

Esta Suprema Corte igualmente assentou o entendimento no sentido de que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (HC nº 85.155/SP, de relatoria da Min. **Ellen Gracie**, DJ de 15/4/05).

A esse respeito, cito igualmente as palavras da eminente Ministra **Cármen Lúcia** no HC nº 97.033/SP desta Primeira Turma, DJe de 22/5/09:

“(…)

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**

RHC 99.779 / SP

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).“

Ante o exposto, voto pelo **não provimento do recurso**.

16/08/2011**PRIMEIRA TURMA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779 SÃO PAULO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, agora mesmo, na Segunda Turma, tive a oportunidade de me manifestar - o mesmo ponto de vista, o caso era exatamente semelhante -, e nós destacamos que essa notificação prévia tem como finalidade verificar se a denúncia é apta ao seu recebimento. É que, tão apta ela é, que foi recebida, houve a citação pessoal, e ele constitui advogado; houve a citação por edital, depois a citação pessoal, constituiu advogado; de sorte que qualquer eventual nulidade estaria suprida.

Acompanho integralmente o Relator.

16/08/2011**PRIMEIRA TURMA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço vênias para divergir. O preceito prevê – e há uma razão de ser para tanto – a notificação do acusado para oferecer defesa prévia antes do ato recebendo ou não a denúncia, pois somente ele conhece os fatos envolvidos na espécie. Essa é a presunção. O defensor público, o defensor designado para o ato, não é conhecedor, por si só, desses fatos. A norma não cogita de notificação do profissional que possa defender, sob o ângulo técnico, o acusado. Versa – e ressaltei que a razão de ser é única – a notificação do próprio. Em se tratando de direito de defesa, o prejuízo é insito à inobservância da regra normativa.

Por isso, peço vênias ao relator para conceder a ordem e declarar a nulidade do processo, para que seja observado o que previsto, quanto ao recebimento ou não da denúncia, no artigo 55 da Lei 11.343/06.

É como voto.

16/08/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o Relator e também negar provimento ao recurso, tal como dito pelo Ministro Fux, por considerar que a aptidão da denúncia se cumpriu com o seguimento da ação.

*** * * * ***

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 99.779**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PACTE.(S): STEVEN FRED IKECHUKWU OU STEVEN FRED IKECHUKWU ISRAEL

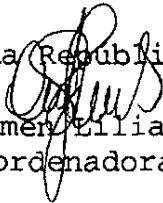
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 16.8.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Compareceu o Senhor Ministro Ayres Britto para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Carmen Lillian
Coordenadora