

18/11/2014

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806 AMAZONAS**

**RELATORA** : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
**RECTE.(S)** : WALBER LUÍS SILVA DO NASCIMENTO  
**ADV.(A/S)** : CATHARINA DE SOUZA CRUZ ESTRELLA E  
OUTRO(A/S)  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**EMENTA:** RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA DEFESA PRELIMINAR DO ART. 4º DA LEI N. 8.038/90. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 5º, INC. LV, E 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA PREVISTA NO ART. 7º DA LEI N. 8.038/1990. ARGUMENTAÇÃO A SER APRESENTADA NESSE MOMENTO DEDUZIDAS NA DEFESA CONSTANTE DO ART. 4º DA LEI N. 8.038/1990. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Alegações do Recorrente de ter sofrido investigação movida por vingança e por “inimigos institucionais” parciais, de ter sido plantada prova para incriminá-lo (cópia de ofício que lhe fora destinado), de nulidade das interceptações telefônicas utilizadas como prova emprestada, de atipicidade da conduta imputada, de ausência de provas para condenação e de contrariedade ao princípio da presunção de não culpabilidade e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em *habeas corpus*.

2. Alegação de contrariedade aos arts. 5º, inc. LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, por ter o Tribunal de Justiça do Amazonas alegadamente deixado de analisar argumentos da defesa apresentados na

**RHC 122806 / AM**

defesa preliminar prevista no art. 4º da Lei n. 8.038/1990. Acórdão proferido em segunda instância originariamente fundamentado. Juízo de recebimento da denúncia. Cognição sumária.

3. Não apresentação da defesa prévia prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/90. Defesa do art. 4º da Lei n. 8.038/1990 com apresentação de argumentos quanto ao mérito da ação penal. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

4. Recurso ao qual se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em negar provimento ao recurso ordinário**, nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo recorrente, o Dr. Diego Marcelo Padilha Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 18 de novembro de 2014.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

18/11/2014

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806 AMAZONAS**

**RELATORA** : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
**RECTE.(S)** : WALBER LUÍS SILVA DO NASCIMENTO  
**ADV.(A/S)** : CATHARINA DE SOUZA CRUZ ESTRELLA E  
OUTRO(A/S)  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**RELATÓRIO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Recurso ordinário em *habeas corpus*, sem requerimento de medida liminar, interposto por WALBER LUÍS SILVA DO NASCIMENTO.

2. Em 26.11.2013, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem no *Habeas Corpus* n. 255.132, Relatora a Ministra Laurita Vaz:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CONDENAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DETERMINADA EM OUTRO PROCESSO. PROVA EMPRESTADA. ALEGADA NULIDADE. QUESTÃO IRRELEVANTE. DENÚNCIA E CONDENAÇÃO LASTREADAS EM PROVAS OUTRAS. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO ADMINISTRATIVO. SUPOSTA SUSPEIÇÃO DOS MEMBROS DO PARQUET. ALEGADA RESTRIÇÃO DE ACESSO AOS AUTOS. EVENTUAIS IRREGULARIDADES, AS QUAIS NÃO FORAM DEMONSTRADAS, NÃO CONTAMINAM A SUBSEQUENTE AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. DEFESA PRELIMINAR. ALEGADA FALTA DE EXAME DESSAS RAZÕES. INOCORRÊNCIA. FALTA DE CITAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

**RHC 122806 / AM**

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O fato de o Paciente, então Promotor de Justiça, ter sido julgado pela Corte Estadual, em razão da prerrogativa de foro – garantia constitucional que lhe é assegurada –, não enseja a abertura de meios recursais diversos daqueles já estabelecidos na legislação pátria, tampouco autoriza o alargamento da estreita via do habeas corpus para ampla discussão acerca da matéria fático-probatória.

2. A denúncia foi oferecida com base em procedimento investigatório conduzido no âmbito do próprio Ministério Público Estadual, que foi instruído com depoimentos e documentos outros, absolutamente idôneos, além da prova emprestada, consistente em interceptações telefônicas efetuadas em outro processo. Também não há nos fundamentos do acórdão condenatório nenhuma menção acerca da prova emprestada.

3. A suposta suspeição dos membros do Ministério Público que participaram do procedimento administrativo não é questão passível de verificação em sede de habeas corpus por demandar inevitável dilação probatória, insuscetível de realização no âmbito do mandamus. Ademais, eventual irregularidade na fase pré-processual, em procedimento investigatório, não macula a subsequente ação penal, consoante a iterativa jurisprudência desta Corte.

4. Quanto à impugnação específica acerca de cópia de um ofício colhida em busca e apreensão, vê-se que a insurgência, além de esbarrar na falta de prequestionamento, porque sequer foi objeto de análise no acórdão vergastado, de qualquer sorte, também é insuscetível de revisão por demandar vedado reexame de prova.

5. Da mesma forma, a alegação de atipicidade da conduta não se sustenta diante da fundamentação que embasou o juízo condenatório do Tribunal a quo, sendo inviável o seu reexame na estreita via do mandamus.

6. O acórdão que recebeu a denúncia, admitindo a viabilidade da acusação, trouxe motivação suficiente para permitir o processamento do feito, restando implicitamente rejeitadas as teses defensivas

**RHC 122806 / AM**

*preliminarmente levantadas.*

*7. Nos termos do voto vencedor, não se vislumbrou, no caso, a ocorrência de nulidade na ausência de citação do acusado para o oferecimento da defesa prévia a que alude o art. 8.º da Lei n.º 8.038/90, pois entendeu-se que restou assegurada ao Paciente a ampla defesa. Vencida, quanto ao ponto, a Relatora.*

*8. As alegações de falta de prova para a condenação e de violação do princípio da inocência demandam revisão do cenário fático-probatório, insuscetível de ser realizado na via do habeas corpus.*

*9. Ordem de habeas corpus denegada”.*

**Tem-se, nesse julgado:**

*“Trata-se de habeas corpus, sem pedido liminar, impetrado em favor de WALBER LUÍS SILVA DO NASCIMENTO, em face do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.*

*Consta dos autos que o ora Paciente, Promotor de Justiça do Estado do Amazonas, foi denunciado, juntamente com outros Corréus, pela suposta prática dos crimes capitulados nos arts. 288 e 317 do Código Penal.*

*Oferecida denúncia, o Paciente foi notificado para apresentar resposta escrita em 15 dias, tendo sido a defesa preliminar juntada aos autos em 17 de dezembro de 2009.*

*A denúncia foi recebida pelo Tribunal de Justiça local em 04 de março de 2010.*

*Em seguida, o Desembargador-Relator proferiu despacho, no qual designou a data da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa e do interrogatório do Paciente. Foram, então, realizadas as oitivas das testemunhas de acusação e de defesa e, após, foi o Paciente interrogado.*

*Foram intimadas a acusação e a defesa para o requerimento de diligências, nos termos do art. 10 da Lei n.º 8.038/90 e, posteriormente, apresentadas as alegações escritas.*

*Finda a instrução, a ação penal foi julgada, em 02 de setembro de 2010, pela Corte de origem, que entendeu pela parcial procedência do pleito acusatório, absolvendo o ora Recorrente, por maioria, da*

**RHC 122806 / AM**

*imputação do delito do art. 288 do Código Penal, e, em votação unânime, condenou-o pela prática do crime previsto no art. 317, caput, do Código Penal, às penas de 02 anos e 03 meses de reclusão, em regime aberto, e 100 dias-multa, substituída a reprimenda por duas penas restritivas de direitos. Eis a ementa do julgado, in verbis:*

*'AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE 'ANIMUS' ASSOCIATIVO. NÃO HAVENDO NOS AUTOS PROVA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO, E, NÃO SE FAZENDO PROVA DA PARTICIPAÇÃO DE DOIS RÉUS NA 'TRANSAÇÃO' REALIZADA ENTRE AS DEMAIS ENVOLVIDAS, TORNA-SE PRUDENTE A ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS WALBER LUÍS E. DO NASCIMENTO, ANTÔNIO CARLOS BARROSO D SILVA, RAPHAEL WALLACE SARAIVA DE SOUZA E FELIPE ARCE RIO BRANCO, DENUNCIADOS PELO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CORRUPÇÃO ATIVA. CORRUPÇÃO PASSIVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO FARTO E ROBUSTO QUANTO À OCORRÊNCIA DE AMBOS OS DELITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, FACE A COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. PERDA DO CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE SE IMPÕE:*

*- Restando incomprovado o animus associativo estável ou permanente, não há que se falar em delito de formação de quadrilha, pois a sua caracterização exige prova incontestante de vínculo associativo permanente com a finalidade de cometer crimes, formando uma verdadeira 'societas sceleris' para essa finalidade;*

*- Infiro que a negativa de autoria sustentada pelos acusados Walber Luís Silva do Nascimento e Flávio Augusto Coelho de Souza estão despidas de qualquer comprovação capaz de absolvê-los dos crimes a eles imputados, quais sejam, corrupção passiva e corrupção ativa;*

**RHC 122806 / AM**

- O delito de corrupção ativa consiste em oferecer, ou seja, colocar a disposição, exhibir, expor a vantagem indevida ou prometer, fazer a promessa e fornecê-la, com a finalidade de que o funcionário pratique, omita ou retarde ato de ofício (artigo 333, caput, do Código Penal);

- Comete crime de corrupção passiva, previsto no artigo 317, caput, do Código Penal, o promotor de justiça que livre e conscientemente recebe automível de terceiros para 'resolver' em prol de outrem problemas adstritos ao seu dever funcional de fiscal da lei;

- A perda do cargo faz-se premente, pois é inadmissível que o réu Walber Luís da Silva do Nascimento permaneça nos quadros do Ministério Público do Estado do Amazonas, face á gravidade dos fatos incompatíveis com a postura adotada pelo réu, consoante artigo 92, I, alínea a, do Código Penal c/c artigo 135, II, da Lei Complementar n. 011, de 17/12/1993.

PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA' (Fls. 1291/1292).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Sustentam os Impetrantes, de início, o cabimento do reexame de provas em habeas corpus, mormente porque os Tribunais Superiores não viabilizam o duplo grau de jurisdição para os que detêm prerrogativa de foro, malferindo o art. 25.2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Concluem que 'Cabe, portanto, a este Colendo Superior Tribunal de Justiça aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, à luz do ordenamento constitucional, e reanalisar o mérito do presente caso, aplicando efetivamente o art. 2 e art. 8.2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos c/c o artigo 14.5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, já analisados' (fl. 21).

Arguem a ilegalidade das interceptações telefônicas pela ausência de contraditório e ampla defesa. Argumentam que 'deve a prova produzida por meio de interceptação telefônica ser desconsiderada, primeiro por violar o contraditório e a ampla defesa, já que há como verificar a sua legalidade, e, segundo, porque foi

**RHC 122806 / AM**

*produzido em processo no qual não houve a participação do Réu Walber, consistindo em evidente cerceamento de defesa' (fl. 24).*

*Alegam a nulidade do procedimento investigatório criminal feito no âmbito do Ministério Público Estadual, porque, de um lado, o Paciente foi investigado 'por seus inimigos institucionais' (fl. 25) e, de outro lado, só pode ter acesso aos autos depois do interrogatório, cerceando-lhe o direito de defesa.*

*Sustentam a nulidade da condenação por violação ao princípio da inocência, asseverando que, 'No presente caso, no v. Acórdão, o Tribunal do Estado do Amazonas condenou o Paciente em virtude desse não ter trazido qualquer prova de sua inocência. Tal argumento não merece prosperar, primeiro porque o ônus de colacionar provas aos autos é do Ministério Público, o que não foi feito e, segundo, porque inúmeras provas da inocência do Paciente foram trazidas aos autos pela defesa' (fl. 28).*

*Afirmam que a cópia de um ofício supostamente colhida em busca e apreensão, na verdade, se trata de documento 'plantado'.*

*Ponderam que 'O paciente apresentou defesa preliminar nos termos do art. 4º, da Lei 8.038/90. Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas recebeu a denúncia sem analisar quaisquer dos argumentos apresentados pelo paciente' (fl. 34).*

*Sustentam ainda que 'No caso em comento o paciente somente foi intimado a apresentar a defesa preliminar, porém a defesa prévia prevista no art. 8º da Lei 8.038/90 não foi concedida ao paciente' (fl. 34).*

*Aduzem que não há provas suficientes para a condenação do Paciente. Alegam que não tendo havido 'recebimento de nenhuma vantagem indevida em razão das funções públicas exercidas pelo Paciente, esvai-se a imputação de corrupção passiva, por clara atipicidade' (fl. 40).*

*Alegam ofensa ao art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, reiterando expressamente as razões declinadas no recurso especial n.º 1.251.621/AM.*

*Pedem, assim, a concessão da ordem para: 'A) Preliminarmente, anular o processo até a fase do recebimento da denúncia em virtude dessa decisão não ter apreciado os argumento trazidos na defesa*



**RHC 122806 / AM**

*preliminar. Caso não acolhido o pedido anterior, requer-se a anulação do processo até a fase da defesa prévia, visto que não foi oportunizado ao paciente esse meio de defesa. B) Que o paciente seja absolvido da suposta acusação de corrupção passiva com fundamento no art. 386, inciso III, do CPP, por estar provado a inexistência de recebimento de vantagem indevida. Subsidiariamente, requer a absolvição com fundamento no art. 386, inciso VI, parte final do CPP, em virtude da ausência de provas suficientes para condenação' (fl. 43).*

*O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 1610/1620, opinou pela concessão da ordem, consoante a seguinte ementa:*

**HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA PERPETRADO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONDENAÇÃO. WRIT QUE BUSCA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE, AB INITIO, DO PROCESSO-CRIME, SOB ARGUMENTO DE SE MOSTRAR OMISSIVA A DECISÃO RECEBEDORA DA DENÚNCIA, POR NÃO APRECIAR TODAS AS TESES DEFENSIVAS FORMULADAS NA RESPOSTA PRELIMINAR. DESCABIMENTO. QUESTÕES VENTILADAS PELA DEFESA DEVIDAMENTE EXAMINADAS PELA CORTE A QUO. INEXIGÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE TODAS AS ALEGATIVAS SUSCITADAS PELAS PARTES, DESDE QUE, PELA MOTIVAÇÃO APRESENTADA, SEJA POSSÍVEL INFERIR OS FUNDAMENTOS DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. PRECEDENTES DO STJ. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ANULAÇÃO DO FEITO CRIMINAL, SOB ARGUIÇÃO DE VÍCIO PROCESSUAL INSANÁVEL, DECORRENTE DA FALTA DE CITAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA APRESENTAR RESPOSTA ESCRITA À ACUSAÇÃO ENSEJA NULIDADE PROCESSUAL DE NATUREZA ABSOLUTA, PORQUANTO VIOLA OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. DENUNCIADO INTIMADO, SOMENTE, PARA COMPARECER À**

**RHC 122806 / AM**

AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO.  
CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.  
PARECER PELO CONHECIMENTO E PELA CONCESSÃO  
PARCIAL DO MANDAMUS'.  
É o relatório".

3. Esse julgado foi objeto de embargos de declaração, rejeitados em 25.2.2014:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. MATÉRIA TRATADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. ACLARATÓRIOS PARCIALMENTE PROVIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.*

*1. Não há omissão no acórdão embargado, que examinou a alegada violação à garantia do duplo grau de jurisdição e solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as questões que firmaram o seu convencimento.*

*2. Para se configurar a contradição, é necessário que a fundamentação do julgado esteja em desarmonia com a conclusão atingida, o que em nenhum momento foi demonstrado pelo Embargante.*

*3. Houve apenas erro material no relatório - quanto à informação de que a condenação do Embargante nas penas no art. 317, caput, do Código Penal teria sido por unanimidade, quando o foi por maioria -, incapaz de gerar qualquer repercussão no resultado do julgamento, não se prestando a reabrir a discussão acerca dos temas já decididos pelo acórdão embargado, com o intuito de obter efeitos infringentes.*

*4. Embargos parcialmente acolhidos, tão-somente para sanar o erro material contido no relatório, sem efeitos infringentes".*

4. A defesa interpôs o presente recurso, no qual o Recorrente alega:

**RHC 122806 / AM**

a) *“Processado sob o procedimento especial previsto na Lei 8038/90, em virtude do foro por prerrogativa de função, por ser Promotor de Justiça, o Recorrente, embora tenha sido notificado para o oferecimento da resposta preliminar prevista no artigo 4º da Lei 8038/90, jamais fora citado para o oferecimento da defesa prévia prevista no artigo 7º, no prazo estipulado no artigo 8º, ambos do mesmo diploma legal”;*

b) *contrariedade ao arts. 5º, inc. LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, “consistente na ausência de fundamentação no recebimento da denúncia, por uma simples razão: embora tenha (...) sido notificado para oferecer a resposta prévia à denúncia, como exige o artigo 4 da Lei 8038/90, o Tribunal de Justiça do Amazonas não analisou NENHUM, douto MAGISTRADO, NENHUM dos argumentos aduzidos pela defesa”;*

c) *teria sido “investigado e processado por vingança, tendo em vista que era manifestamente contrário a alguns procedimentos adotados por uma força-tarefa criada pelo Polícia Civil e Ministério Público do Estado do Amazonas”;*

d) *teria sido iniciado o “procedimento investigatório pelo Ministério Público do Estado do Amazonas e, curiosamente, (...) fora investigado por inimigos institucionais, quais sejam, os Procuradores de Justiça João Bosco Sá Valente e Carlos Antônio Ferreira Coelho”, que teriam constrangido testemunhas e os investigados;*

e) *teria sido plantada prova para incriminá-lo, a saber, a cópia de ofício que lhe fora destinado, “consistindo em termo de audiência de um cidadão chamado Neirivaldo, supostamente integrante de uma organização criminosa denominada ‘firma’”, e que “constam dos autos dois autos de exibição e apreensão em relação a referida diligência, sendo que em um deles consta o referido ofício (...) e no outro, curiosamente, não consta”;*

f) *teria sido instaurado processo administrativo disciplinar para*

**RHC 122806 / AM**

apurar se teria recebido de presente veículo de investigado do Ministério Público do Amazonas, tendo sido constituída comissão especial a qual teria por Presidente *“outro inimigo capital (...), qual seja, o Sr. FRANCISCO DAS CHAGAS SANTIAGO DA CRUZ”*;

g) teria sido afastado *“cautelaramente”* de suas funções antes do término do prazo para a defesa e que *“todos os procedimentos realizados pelo Ministério Público Estadual em prejuízo do Recorrente, tanto os de cunho investigatório criminal como os de natureza disciplinar, foram conduzidos por pessoas parciais que claramente tinham o objetivo de prejudicá-lo”*;

h) contrariedade à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois o Superior Tribunal de Justiça teria se recusado a reexaminar as provas pretendidas pela defesa com base no princípio do duplo grau de jurisdição;

i) *“nulidade das interceptações telefônicas em virtude da violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, vez que essas provas foram produzidas em outro processo, portanto, provas emprestadas, todavia não consta nos autos qualquer auto de interceptação a demonstrar os requisitos da Lei 9.296/96, quais sejam: haver indícios razoáveis de autoria, ser o único meio possível para obtenção da prova, o período das prorrogações, a fundamentação da decisão e etc. (...) embora o acórdão do julgamento do recorrente não tenha citado as escutas como meio de prova para a condenação, fato é que as escutas telefônicas foram utilizadas para fazer perguntas em outros atos processuais”*, como o depoimento do corréu Flávio Augusto Coelho, o qual teria fundamentado a condenação;

j) contrariedade ao princípio da presunção de não culpabilidade, pois teria havido a inversão do ônus da prova, com a imposição à defesa de provar a inocência;

k) a atipicidade dos fatos imputados, pois não teria havido

**RHC 122806 / AM**

*“recebimento de nenhuma vantagem indevida em razão das funções públicas exercidas” e que “em nenhum momento ficou provado nos autos que (...) tenha se deixado corromper para beneficiar qualquer corrêu. As manifestações (...) na qualidade de Promotor de Justiça sempre se pautaram na independência funcional e nas Leis, embora muitas pessoas não gostassem de suas manifestações. É importante dizer que um Promotor de Justiça detém o dever de fiscalizar a atividade policial, portanto, muitas vezes pode ocorrer divergências entre as manifestações dessas autoridades”;*

Este o teor dos pedidos:

*“a) Reconhecer o direito ao duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para que, aplicando-o ao caso concreto, determinar que o Superior Tribunal de Justiça analise as provas e, ao final, conheça de toda a matéria objeto do habeas corpus para absolver o Recorrente, se assim entender;*

*b) Anular o processo desde a juntada da prova emprestada de interceptações telefônicas, em virtude da violação ao art. 5º inciso LV, da Constituição Federal e art. 2º, caput e incisos, 5º e art. 6º, §2º, todos da Lei 9.296/96;*

*c) Anular o processo até a fase do recebimento da denúncia em virtude dessa decisão não ter apreciado os argumentos trazidos na defesa preliminar causando cerceamento da defesa;*

*d) a anulação do processo em virtude da ausência de citação conforme procedimento previsto no art. 7º, da Lei 8.038/90 e, conseqüentemente, da ausência de apresentação de defesa prévia;*

*e) Que o paciente seja absolvido da suposta acusação de corrupção passiva com fundamento no art. 386, inciso III, do CPP, por estar provado a inexistência de recebimento de vantagem indevida”.*

5. Não havendo requerimento de medida liminar a ser apreciado, deu-se vista ao Procurador-Geral da República, o qual opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

18/11/2014

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806 AMAZONAS

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)** - Presidente, eu vou fazer a leitura integral do voto, porque são vários itens e tenho também os documentos mais relevantes do julgamento, começando por esclarecer que contra a decisão do Tribunal de Justiça houve interposição do recurso especial, que já foi julgado no Superior Tribunal, é o Recurso Especial 1.251.621. E, ali, foi examinado de novo, portanto, em segundo grau, partindo-se do primeiro que foi o Tribunal de Justiça. E julgado parcialmente procedente para excluir a perda do cargo que tinha sido cominada também na decisão condenatória. Houve oposição de embargos declaratórios e pendem os embargos de julgamento no Superior Tribunal.

Também foi interposto recurso extraordinário, mas, provavelmente, porque não foi julgado lá, o recurso extraordinário não foi julgado aqui. Ou seja, a primeira decisão, que é de natureza condenatória, está pendente de todos esses dados pelas instâncias recursais comuns, regulares. Apenas para dar notícia disso.

Neste caso, como eu disse, as alegações são as que foram verificadas e, no que se referia à reexame de prova, o Superior Tribunal, na linha da mais que consolidada jurisprudência, afirma não ser possível neste *habeas* e neste recurso, mas continuam pendentes os outros recursos.

E eu quero também dizer do denodo, do extremo profissionalismo do Advogado, que tem se empenhado, fez questão de pedir a antecedência, para que ele pudesse se preparar e vir devidamente paramentado para esta sustentação, o que garante, portanto, o devido processo legal, pelo menos, no plano do Judiciário em geral. E eu cumprimento o Advogado pela sua virtuosa forma de atuação.

\*\*\*\*\*

18/11/2014

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806 AMAZONAS

**V O T O**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

2. Quanto às alegações de ter sofrido ele investigação movida por vingança e por “*inimigos institucionais*” parciais, de ter sido plantada prova para incriminá-lo, a saber, a cópia de ofício que lhe fora destinado, de nulidade das interceptações telefônicas utilizadas como prova emprestada, de atipicidade da conduta imputada, de ausência de provas para a condenação e de contrariedade ao princípio da presunção de não culpabilidade penal e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem-se no julgado objeto deste recurso:

*“De início, cumpre anotar que o fato de o Paciente, então Promotor de Justiça, ter sido julgado pela Corte Estadual, em razão da prerrogativa de foro – garantia constitucional que lhe é assegurada –, não enseja a abertura de meios recursais diversos daqueles já estabelecidos na legislação pátria, tampouco autoriza o alargamento da estreita via do habeas corpus para ampla discussão acerca da matéria fático-probatória.*

*Quanto à utilização da prova emprestada, consistente nas interceptações telefônicas efetuadas em outro processo, tenho que não há falar em nulidade.*

*A propósito, a Tribunal a quo, ao rejeitar os embargos de declaração, acrescentou o seguinte:*

*[...]*

*Rechaço também que a fundamentação acusatória tem como sustentação a degravação de escutas telefônicas, absolutamente alheia ao processo, eis que realizada em outros autos, para apurar outro crime, em desacordo com as formalidades exigidas pela lei Federal 9.296/96.*

**RHC 122806 / AM**

*Isso porque, infiro que a prova que se deseja desentranhar, ainda que se ilícita fosse, o que, definitivamente não o é, sofreria a mitigação das teorias de limitação do princípio da exclusão das provas ilícitas. Outrossim, a decisão ora combatida baseou-se no conjunto probatório dos autos, observado os princípios do contraditório e da ampla defesa aos acusados.*

*A prova emprestada, ao contrário do que pondera o embargante, é perfeitamente lícita, sobretudo porque observou os ditames legais na sua produção no caso, a Lei Federal 9.296/69, sob prévia autorização judicial para tanto' (Fl. 1355).*

*Ora, a denúncia foi oferecida com base em procedimento investigatório conduzido no âmbito do próprio Ministério Público Estadual, que foi instruído com depoimentos e documentos outros, absolutamente idôneos.*

*Compulsando os fundamentos do acórdão condenatório, vê-se que nenhuma menção há acerca da prova emprestada.*

*Nesse cenário, a controvérsia jurídica respondida nos embargos de declaração não socorre o Recorrente, uma vez que não modifica a base probatória que ensejou o processo, desde a denúncia, até a condenação.*

*Alegam os Impetrantes, ainda, a nulidade do procedimento investigatório criminal feito no âmbito do Ministério Público Estadual, porque, de um lado, o Paciente foi investigado 'por seus inimigos institucionais' (fl. 25) e, de outro lado, só pode ter acesso aos autos depois do interrogatório, cerceando-lhe o direito de defesa.*

*Não há como acolher a insurgência. Com efeito, a suposta suspeição dos membros do Ministério Público que participaram do procedimento administrativo não é questão passível de verificação em sede de habeas corpus por demandar inevitável dilação probatória, insuscetível de realização no âmbito do mandamus. Ademais, eventual irregularidade na fase pré-processual, em procedimento investigatório, não macula a subsequente ação penal (...).*

*Quanto à impugnação específica acerca de cópia de um ofício colhida em busca e apreensão, vê-se que a insurgência, além de esbarrar na falta de prequestionamento, porque sequer foi objeto de análise no acórdão vergastado, de qualquer sorte, também é*



**RHC 122806 / AM**

*insuscetível de revisão por demandar vedado reexame de prova.*

*Da mesma forma, a alegação de atipicidade da conduta não se sustenta diante da fundamentação que embasou o juízo condenatório do Tribunal a quo, sendo inviável o seu reexame na estreita via do mandamus, como já dito.*

*(...)*

*No que diz respeito à alegada falta de provas para a condenação e à arguida violação do princípio da inocência, colho excerto do voto condutor do acórdão recorrido, na parte que interessa ao pleito recursal, in verbis:*

*[...]*

*De pronto, denota-se que o réu Flávio Augusto Coelho de Souza confessou a prática delitativa tipificada no artigo 333 do Código Penal, ao declarar que efetivou a entrega do veículo New Beetle ao promotor de justiça Walber Luís S. do Nascimento, por gratidão pelo fato de ter com este realizado encontro na casa do ex-deputado Francisco Wallace Cavalcante de Souza (falecido recentemente), por temer pela perda de sua vida, fato ocorrido logo após a morte de seu tio primo de Bebeto e Bebetinho, e ainda por considerar o réu Walber Nascimento pessoa influente na sociedade.*

*Tal versão, mostra-se inverossímil, pois segundo palavras do próprio acusado, este abriu mão do valor por ele pago como entrada e do próprio veículo financiado em favor de Walber Nascimento, cujo Documento Único de Transferência – DUT (DETRAN) continua em nome de sua tia Josiane Silva de Souza, que reside no Estado de Roraima, a pretexto de gratidão pelo encontro mantido por ele (Flavinho) e Walber Nascimento na residência do ex-deputado Wallace Souza, cuja audiência fora agendada pelo próprio promotor de justiça Walber Nascimento.*

*Ademais, o acusado Flávio Augusto Coelho de Souza não conseguiu demonstrar qualquer prova que corroborasse com a versão de que não tinha plena consciência da ilicitude de sua conduta.*

*Importante salientar que para a configuração do crime de corrupção ativa tem-se a exigência de a oferta ser oferecida a*

**RHC 122806 / AM**

*funcionário público, com a finalidade de praticar, omitir ou retardar 'ato de ofício', conduta efetivamente realizada pelo acusado Flávio Augusto Coelho de Souza.*

*Assim, diante de todo o contexto probatório, restou inequivocamente demonstrado que a conduta do acusado Flávio Augusto Coelho de Souza foi típica, contrária à norma jurídica, e culpável, com a sua imputabilidade caracterizada diante da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, de modo que tinha potencial consciência da ilicitude praticada quando entregou o Veículo New Beetle ao promotor Walber Nascimento em troca de favores recebidos.*

*E mais. No depoimento prestado por Josiane Silva de Souza, esta informou que seu sobrinho e acusado Flávio Augusto Coelho de Souza lhe dissera não ter recebido qualquer importância com referência a entregar do veículo ao acusado Walber Nascimento.*

*A corrupção ativa perfecciona-se com o oferecimento da vantagem. Trata-se de crime formal que se consuma como simples oferecimento, ainda que não aceito, ou a promessa de futura vantagem (RT 429/381).*

*[...]*

*De igual modo, infiro suficientemente comprovada nos autos a prática do delito de corrupção passiva, previsto no art. 317, do Código Penal, por parte do acusado Walber Luís S. do Nascimento, consoante depoimento do acusado Antônio Carlos Barroso da S. Júnior, também conhecido como 'Neto', o qual afirmou que promovera o encontro entre Walber Nascimento e Flávio Coelho, uma vez que Flavinho estava com medo de ser morto da mesma forma com que morreram seu tio e primo, alcunhados de Beбето e Bebetinho, e que em troca de tais benesses recebera o veículo New Beetle (fl. 1.028).*

*Nessa linha de raciocínio, entendo que a conduta praticada por Walber Luís do Nascimento se adequa perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 317 do Código Penal, pois o acusado não trouxe aos autos qualquer prova de sua inocência, seja*

**RHC 122806 / AM**

*testemunhal ou documental, tendo recebido o carro de Flavinho por intermédio de seu sobrinho por afinidade Antônio Carlos Júnior, e logo em seguida vendeu o referido veículo ao senhor conhecido por tio Claudemir que reside em Iranduba, município deste Estado.*

*Assim, entendo que todo o contexto probatório se apresenta robusto e seguro no sentido da configuração do delito imputado aos acusados Flávio Coelho e Walber Luís Nascimento, que ao final passarei a decretar.*

*Prova disso é o depoimento do réu Antônio Carlos Barroso da Silva Júnior, sobrinho por afinidade do Promotor Walber Nascimento que assevera:*

*(...) Que Flavinho teria dito ao acusado que estava preocupado com o que poderia ocorrer após o desfecho do assassinato de seu tipo (de Flavinho) que o acusado se prontificou a levar Flavinho a presença do Promotor Walber (tio por afinidade do acusado), QUE o acusado levou Flavinho a casa do Promotor Walber e ficou aguardando do lado de fora, (sic).*

*O réu Walber Luís Silva do Nascimento disse em seu interrogatório:*

*(...) Que o acusado afirma que com referência a transação do carro New Beetle, reconhece ter feito uma transação de compra e venda intermediado por Neto, seu parente por afinidade; QUE chegou a ver Neto dirigindo o carro, o qual lhe propôs como entrada 10.000,00 e acusado se responsabilizava pelas prestações remanescentes financiadas, em 47 parcelas de 2.000,00, QUE o acusado chegou a pagar apenas 6.000,00 em dinheiro e que deixou de pagar as outras duas parcelas de 2.000,00, divulgado pela imprensa que o acusado Walber Nascimento teria recebido o carro como troca de favores; QUE o acusado chegou a pagar quatro parcelas do financiamento do veículo; e em seguida vendeu o New Beetle a um amigo seu conhecido por tio Claudemir que reside em Iranduba no interior do Estado.*

**RHC 122806 / AM**

(...)

*QUE o acusado afirma que adquiriu o carro de Neto pelo fato deste ter transacionado com Flavinho uma motocicleta; QUE embora sabendo por notícia de jornal que o carro pertencia ao traficante, em nenhum momento o procurou (Flavinho), por que entendia que o carro era de neto; QUE o acusado afirma ter vendido o carro uma semana após a divulgação dessas notícias, porque já havia decorrido mais de ano, porque até hoje ninguém teria ingressado com Ação de Busca e Apreensão para reaver o veículo citado;*

*Nessa linha de raciocínio, trago à baila o entendimento doutrinário doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:*

*Por outro lado, a corrupção (passiva) nas modalidades de 'receber' e 'aceitar', que presumem a correspondente 'oferta' ou 'promessa' do corruptor, são condutas físicas e subjetivamente vinculadas uma às outras. Embora o pactum sceleris não seja requisito obrigatório, repetindo, em todas as hipóteses do crime de corrupção, nas modalidades de receber (vantagem indevida) ou aceitar (promessa) a bilateralidade é inerente a referida conduta, pois somente se recebe ou aceita se houver em contrapartida quem ofereça ou prometa. Em outros termos, para a configuração da corrupção passiva, segundo esses verbos nucleares, é indispensável a presença da figura ativa, e vice-versa. No plano material, portanto, o reconhecimento da corrupção passiva, nas modalidades de receber ou aceitar, implica necessariamente, a configuração da correspondente corrupção passiva, nas modalidades de receber ou aceitar, implica, necessariamente, a corrupção ativa (bilateralidade), seja na modalidade de oferecer, seja na modalidade de prometer (art. 333); no plano processual, contudo, essa bilateralidade, que é fático-jurídica, depende da produção da prova da autoria correspondente (Tratado de Direito Penal, 4ª Edição, São Paulo: SARAIVA, 2010, pp. 122).*

**RHC 122806 / AM**

*É cediço que a corrupção passiva consuma-se com a simples solicitação de vantagem ou aceitação de promessa. A vantagem deve ser indevida, porquanto tem a finalidade de fazer com que o funcionário público beneficie alguém com seu trabalho por meio de ações ou omissões. Trata-se de uma espécie de troca entre a vantagem indevida visada pelo agente público e a ação ou omissão funcional que beneficiará o terceiro, no caso o réu Flávio Augusto Coelho de Souza.*

[...]

*Saliente-se que não há provas concretas do intuito dos réus praticarem o crime de formação de quadrilha, pois os depoimentos indicativos de um vínculo entre os acusados não enseja a tal configuração típica, a qual se perfaz com o delineamento de uma sociedade delitiva, uma associação de quatro ou mais indivíduos com a finalidade de cometerem crimes, o que não ocorreu.*

[...]

*Diante do exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na denúncia com relação ao crime tipificado no artigo 288 do Código Penal, para absolver os réus WALBER LUÍS S. DO NASCIMENTO, ANTÔNIO CARLOS BARROSO DA SILVA, RAPHAEL WALLACE SARAIVA DE SOUZA E FELIPE ARCE RIO BRANCO.*

[...]

*Quanto ao réu Walber Nascimento, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para condená-lo como incurso nas sanções previstas no artigo 317, caput, do Código Penal' (fls. 1296/1302)*

*Nesse contexto, observa-se que não se sustenta a alegação de que não há provas para a condenação, tampouco se cogita em inversão do ônus da prova.*

*Com efeito, o acórdão – embora tenha dito que o réu não conseguiu provar o contrário – concluiu pelo cometimento de corrupção passiva pelo acusado, devidamente lastreado no acervo probatório dos autos, que inclui, além do depoimento do corréu*

**RHC 122806 / AM**

FLÁVIO, os depoimentos da tia de FLÁVIO, a Sra. Josiane Silva de Souza, no nome de quem o carro estava registrado; e no depoimento do corréu que intermediou a entrega do carro, ANTÔNIO CARLOS BARROSO DA SILVA JÚNIOR, sobrinho por afinidade do Promotor WALBER.

Assim, tais depoimentos, considerados em conjunto com as circunstâncias que envolveram os fatos – os homicídios antecedentes, a animosidade entre FLÁVIO e o Deputado WALLACE, que ensejou a intermediação do Paciente, com o superveniente recebimento de um carro –, entendeu o acórdão recorrido suficientemente demonstrada a existência de provas de autoria e materialidade para a condenação do Paciente. Infirmar tais fundamentos com o escopo de absolvê-lo, por insuficiência probatória, inclusive com aplicação do princípio in dubio pro reo, é inviável no âmbito desta Corte Superior de Justiça, na medida em que implicaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não é possível em habeas corpus” (grifos nossos).

A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, ao que não se presta o recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC 117.674, de minha relatoria, DJe 7.10.2013).

Este Supremo Tribunal assentou constituir o *habeas corpus* “remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento” (HC 74.295, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.6.2001).

3. Com relação à alegação de contrariedade aos arts. 5º, inc. LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, por ter o Tribunal de Justiça do Amazonas alegadamente deixado de analisar os argumentos apresentados na defesa preliminar prevista no art. 4º da Lei n. 8.038/90, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou:

*“Ponderam também os Impetrantes que ‘O paciente apresentou*

**RHC 122806 / AM**

*defesa preliminar nos termos do art. 4º, da Lei 8.038/90. Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas recebeu a denúncia sem analisar quaisquer dos argumentos apresentados pelo paciente' (fl. 34).*

*Sem razão a insurgência. Com efeito, não se desconhece que, no rito da Lei n.º 8.038/90, em que há a possibilidade de oferecimento de resposta preliminar pelo acusado, exige-se a análise dos argumentos defensivos para o recebimento da denúncia.*

*(...)*

*No caso, embora o acórdão que recebeu a denúncia, admitindo a viabilidade da acusação, mereça críticas, pois poderia ter se debruçado melhor sobre a questão, desenvolvendo de forma mais adequada as teses lançadas pela defesa, trouxe motivação suficiente para permitir o processamento do feito, restando implicitamente rejeitadas as teses defensivas preliminarmente levantadas.*

*E, como se sabe, nessa fase do processo, a manifestação do Juízo processante não há de ser exaustiva, sob pena de antecipação prematura de um juízo meritório que deve ser naturalmente realizado ao término da instrução criminal, em estrita observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório" (grifos nossos).*

Ao receber a denúncia contra o Recorrente, o Tribunal de Justiça do Amazonas afirmou:

*"Verifico dos autos, fortes indícios de que o 1º denunciado, WALBER NASCIMENTO, usurpava de suas atribuições de Promotor de Justiça para manipular provas, repassar informações e intermediar encontros, que teriam como alvo beneficiar o ex-deputado WALLACE SOUZA e seu filho o 2º denunciado RAPHAEL SOUZA, e isso torna mais patente quando o 4º denunciado, NETO, sobrinho por afinidade do 1º denunciado, WALBER NASCIMENTO, em conversa com Hebert Bastos Andrade, conforme declarações prestadas à Comissão que atuou no Procedimento Investigatório Criminal n. 002/2009 (fls. 296/299), afirmara que seu tio, o 1º denunciado, WALBER NASCIMENTO, era pessoa 'influyente' e que promovera inclusive o relaxamento de prisão do Coronel FELIPE ARCE RIO*

**RHC 122806 / AM**

BRANCO, ora 3º denunciado e preso por outros processos.

Nesse rol de atos praticados em manifesto encobrimento de crimes e criminosos e, sobretudo, supostamente direcionados a beneficiar o ex-deputado WALLACE SOUZA, seu filho, o 2º denunciado, RAPHAEL SOUZA, e o 3º denunciado, Coronel ARCE, convém acrescentar, por relevante, as entrevistas jornalísticas e conversas telefônicas legalmente gravadas em que o 1º denunciado, WAIBER NASCIMENTO, posicionou-se de forma pouco ética criticando o trabalho de investigação sobre fatos criminosos envolvendo essas pessoas, em prejuízo do procedimento investigatório levado a efeito por três Promotores de Justiça, o que leva a suspeitar o seu envolvimento com integrantes dessas organizações.

(...)

Às fls. 813/823, consta a resposta preliminar apresentada por Walber Luís S. do Nascimento, 1º denunciado, acompanhada de documentos, negando os fatos objeto do presente ato investigatório, alegando que as provas contra si contidas na denúncia não constituem crime, rogando ao final pela rejeição da presente denúncia.

(...)

Ainda que razoavelmente articuladas, as alegações constantes das respostas escritas dos denunciados não fornecem a certeza absoluta capaz de autorizar a rejeição da denúncia.

Assim, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, entendo haver necessidade de se prosseguir na ação penal, facultando-se aos denunciados a oportunidade de provar suas inocências; e ao órgão de acusação robustecer as provas até aqui obtidas” (grifos nossos).

Dessa forma, o Tribunal de Justiça do Amazonas apresentou fundamentação suficiente para o recebimento da denúncia, ficando afastadas, por óbvio, as teses defensivas expostas na defesa preliminar, em observância ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, embora em sentido contrário à pretensão do Recorrente.

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal, o “que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada;



**RHC 122806 / AM**

*não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional” (RE 140.370, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 150/269).*

Ademais, o decidido no julgado objeto do presente recurso harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal:

*“11. O juízo exercido no momento do recebimento da denúncia é de cognição meramente sumária, devendo-se ter cautela para ‘não rejeitar a acusação como se estivesse decidindo definitivamente sobre o mérito da causa’ (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 164 e 168). 12. A existência, ou não de substrato mínimo probatório que autorize a deflagração da ação penal em face do denunciado -, há de ser analisada à luz dos balizamentos dos arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal, que disciplinam os requisitos para o oferecimento da denúncia e para a sua rejeição. 13. A denúncia é rejeitada quando patente a ausência de justa causa ou a atipicidade da conduta narrada, diagnosticáveis primu icto oculi, o que não é o caso dos autos” (Inq 2589, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 14.10.2014, grifos nossos).*

Na mesma linha, o parecer do Procurador-Geral da República:

*“a fundamentação empregada pelo magistrado, ainda que concisa, mostrou-se suficiente para garantir a validade do ato que determinou o prosseguimento da ação penal: ‘um mínimo de motivação, diante do grau de certeza exigido nessa fase, deve ser cumprido pelo magistrado” (HC nº 84.919/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 02.02.2010). Anota Andrey Borges de Mendonça que, nesse momento processual, o magistrado ‘deverá se valer de linguagem comedida, fazendo uma cognição superficial, para não se correr o risco de antecipar o julgamento do mérito da ação”.*

**RHC 122806 / AM**

4. Quanto à alegação do Recorrente de não ter sido “citado para o oferecimento da defesa prévia prevista no artigo 7º, no prazo estipulado no artigo 8º, ambos do mesmo diploma legal”, tem-se no voto do Ministro Jorge Mussi, o qual prevaleceu no julgamento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, vencida a Relatora Ministra Laurita Vaz:

*“Para melhor análise do caso, pedi vista dos autos.*

*E compulsando toda a documentação acostada à impetração, divirjo da eminente Relatora apenas no tocante à eiva reconhecida, em razão da ausência de prejuízo para a defesa do paciente.*

*Com efeito, de acordo com a Lei n. 8.038/90, que estabelece o procedimento das ações penais originárias, ao acusado são conferidas duas oportunidades distintas para o oferecimento de razões técnicas, uma prevista no artigo 4º e outra no artigo 8º.*

*A primeira ocorre logo após o oferecimento da denúncia ou queixa pelo órgão acusatório, para que o acusado se insurja contra os termos da incoativa e teça seus argumentos voltados a formar o convencimento do Tribunal pelo recebimento ou não da acusação. Tal previsão se assemelha àquela contida no artigo 514 do Código de Processo Penal, na parte relativa ao procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, a qual também passou a ser implementada no próprio procedimento comum com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao artigo 396 do Estatuto Processual de Ritos.*

*A segunda, por sua vez, pressupõe o recebimento da denúncia pelo Órgão Colegiado competente, e volta-se ao próprio mérito da acusação, oportunidade na qual o acusado pode, inclusive, requerer a produção das provas com as quais pretende sustentar as teses de defesa que serão desenvolvidas no decorrer da persecutio criminis in iudicio. Tendo-se como paradigma também o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal, tal oportunidade se assemelha com aquela prevista na redação original do artigo 395, chamada de defesa prévia, cuja prescindibilidade era afirmada pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.*

*(...)*

*Não obstante as peças processuais juntadas aos presentes autos*

**RHC 122806 / AM**

denunciem que o Tribunal de origem não oportunizou ao acusado a defesa prévia a que alude o artigo 8º da Lei n. 8.038/90, é certo que por ocasião das suas razões preliminares os patronos constituídos voltaram-se não só contra os termos da acusação - tema próprio para a fase prevista no artigo 4º -, mas manifestaram-se de forma bastante contundente sobre o mérito da ação penal, apresentando, inclusive, ao final da peça de 10 (dez) laudas, o rol de testemunhas para serem inquiridas no seio do contraditório, na eventualidade de ser deflagrada a ação penal, conforme se infere da cópia acostada às fls. 914/924.

Embora o artigo 7º da Lei n. 8.038/90 disponha que após o recebimento da denúncia o acusado será citado para ser interrogado - ato, aliás, que passou a ser o último da instrução processual, de acordo com entendimento já consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores (STF, AgRg na Apn n. 528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24.3.2011) - é certo que o contraditório, no caso em apreço, já havia sido estabelecido por ocasião da notificação para a apresentação da defesa preliminar a que alude o artigo 4º da Lei n. 8.038/90, a qual, repita-se, foi apresentada a tempo e modo por advogados constituídos pelo paciente, não se podendo falar, portanto, em desconhecimento acerca dos termos da acusação passível de ocasionar eventual cerceamento de defesa.

Assim, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, embora a forma não tenha sido observada no caso em apreço, não se constata qualquer prejuízo ao direito de defesa do paciente capaz de dar ensejo à pretendida declaração de nulidade da ação penal.

Cumpre frisar que atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

(...)

Pelas razões expostas, e por entender que não restou demonstrado qualquer prejuízo para a defesa do paciente em razão da falta de sua intimação para oferecer a defesa prévia prevista no artigo 8º da Lei n. 8.038/90, constatação reforçada pela ausência de arguição oportuna por parte da defesa constituída no decorrer da instrução criminal, com as devidas vênias à eminente Relatora, divirjo do seu voto para também denegar a ordem neste ponto” (grifos nossos).

**RHC 122806 / AM**

Dessa forma, a defesa do Recorrente não ficou prejudicada, pois, quando da resposta preliminar do art. 4º da Lei n. 8.038/1990, apresentou sua argumentação quanto ao mérito da ação penal.

O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal; HC 81.510, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e HC 74.671, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 11.4.1997) quanto a de nulidade relativa (HC 74.356, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ 25.4.1997; e HC 73.099, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 17.5.1996), pois “*não se declara nulidade por mera presunção*” (RHC 99.779, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 13.9.2011).

Esse princípio, corolário da natureza instrumental do processo, exige aquela demonstração de prejuízo concreto (arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal; HC 81.510, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e HC 74.671, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 11.4.1997), o que não foi feito no caso analisado.

Nesse mesmo sentido:

*“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. (...) O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Ordem denegada” (HC 103.525, de*

**RHC 122806 / AM**

minha relatoria, DJe 27.8.2010, grifos nossos).

Na mesma linha, o parecer do Procurador-Geral da República:

*“Em relação à ausência de citação para oferecimento da defesa prévia prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 8.038/90, reporto-me às contrarrazões da ilustre colega Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordilho Aras que bem dirimiu a questão:*

*‘No caso sob análise, porém, o ora Recorrente-Paciente não logrou demonstrar, no recurso constitucional sob análise, de que forma a falta de apresentação da defesa prévia o teria prejudicado.*

*Ao que se depreende dos autos, principalmente da petição de fls. 914/924, por ocasião do oferecimento da resposta preliminar (art. 4º da Lei nº 8.038/90), o acusado não se limitou a ventilar a inexistência dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, visando obter um juízo negativo de admissibilidade. Naquela oportunidade, voltou-se ele, também, contra o próprio mérito da acusação, sustentou as teses de negativa de autoria e atipicidade da condutas ilícitas que lhe foram atribuídas, apresentando, ao final, rol de testigos a serem inquiridos no curso da instrução processual, no caso de recebimento da denúncia.*

*De observar-se, portanto, que WALBER LUÍS SILVA DO NASCIMENTO teve pleno conhecimento, na forma legal, da denúncia contra si oferecida, imputando-lhe a prática, em tese, dos crimes de corrupção passiva e formação de quadrilha, bem assim que as matérias de mérito – próprias da fase do art. 8º da Lei nº 8.038/90 – foram, antecipadamente, abordadas pela Defesa nas razões da resposta preliminar apresentada.*

*Portanto, mister se faz reconhecer que a falta de citação do ora Recorrente-Paciente para apresentar sua defesa prévia não ensejou, in casu, qualquer ilegalidade passível de afrontar, de forma concreta, o due process of law, o que inviabiliza a pretendida anulação da Ação Penal Originária nº 2009.005226-4. Por derradeiro, não merece guardada a pretensão do ora*

**RHC 122806 / AM**

*Recorrente-Paciente de ser absolvido do delito previsto no art. 317 do Código Penal, por insuficiência probatória. Nesse aspecto, laborou em acerto o Tribunal a quo, ao entender pela inviabilidade, em sede de habeas corpus, de se infirmar os fundamentos do acórdão condenatório, conclusivos de estarem a materialidade e a autoria devidamente demonstrados, com vistas à absolvição do acusado, porquanto tal providência implicaria em vedado reexame do conjunto fático-probatório carreados aos autos'.*

11. Dessa forma, como a resposta à denúncia já abarcara as questões que poderiam ter sido suscitadas na defesa prévia, não se vislumbra qualquer prejuízo ao réu. E, mais, a ausência da defesa prévia é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do efetivo prejuízo suportado" (grifos nossos).

**5. Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.**

18/11/2014

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806 AMAZONAS

V O T O

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** *Acompanho, integralmente, Senhor Presidente, o excelente voto que acaba de proferir a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA.*

*Em consequência, nego provimento ao presente recurso ordinário.*

**É o meu voto.**

18/11/2014

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806 AMAZONAS

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Apenas uma observação**, Senhor Presidente: **mostra-se fundamental**, *tratando-se de prova emprestada*, **que se observe**, perante o Juízo para o qual foi ela trasladada, a **garantia constitucional** do contraditório.

**Cabe assinalar**, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte **tem reconhecido** a validade constitucional da denominada *prova emprestada*, **desde** que os elementos probatórios *assim coligidos* **tenham respeitado**, em sua produção, a **exigência** fundada na *garantia constitucional do contraditório* (**HC 67.707/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.424-QO/RJ**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **Pet 3.683-QO/MG**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RHC 106.398/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

*“1. A utilização de prova emprestada legalmente produzida em outro processo de natureza criminal não ofende os princípios constitucionais do processo. 2. O amplo acesso à totalidade dos áudios captados realiza o princípio da ampla defesa. (...)”*

(**Inq 2.774/MG**, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

**Essa orientação** – *que tem prevalecido* na jurisprudência *de outros Tribunais* (**RT 614/69** – **RT 719/166**, *v.g.*) – **também encontra fundamento no magistério da doutrina** (JOÃO BATISTA LOPES, “A Prova no Direito Processual Civil”, p. 64/65, 3ª ed., 2007, RT; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. 2/50-53, item n. 7, 5ª ed., JusPodium; ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O Processo em Evolução”, p. 54/63, 1996, Forense Universitária; ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, “Da



RHC 122806 / AM

**Prova no Processo Penal**", p. 196/198, 3ª ed., 1994, Saraiva; NORBERTO AVENA, "**Processo Penal Esquematizado**", p. 509/510, item n. 8.5.10, 2ª ed., 2010, Método; SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, "**Processo Administrativo**", p. 135, 1ª ed./2ª tir., 2002, Malheiros), **cuja** **lições atribuem eficácia jurídica** à *prova emprestada*, **reconhecendo-a juridicamente admissível, desde que observados** determinados requisitos, **notadamente** *aquele concernente à garantia do contraditório*, **sob pena** de os elementos de informação nela fundados apresentarem-se **desprovidos** de qualquer validade jurídica.

**Vale mencionar, no ponto, a lição** de MARCELLUS POLASTRI LIMA ("**A Prova Penal de Acordo com a Reforma Processual Penal**", p. 58/59, item n. 6.3, 3ª ed., 2009, Lumen Juris):

*"(...). Assim, a chamada prova emprestada (produzida em outros autos e trazida para certo processo) não pode gerar qualquer efeito contra a parte que não participou de sua produção, salvo se for submetida ao contraditório novamente (ou repetida) no novo processo ou, ao menos se apresentada, for dado o direito de a outra parte contraditá-la."* (grifei)

São essas, Senhor Presidente, as considerações que desejava fazer.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 122.806**

PROCED. : AMAZONAS

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

RECTE.(S) : WALBER LUÍS SILVA DO NASCIMENTO

ADV.(A/S) : CATHARINA DE SOUZA CRUZ ESTRELLA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo recorrente, o Dr. Diego Marcelo Padilha Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 18.11.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira  
Secretária