



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 24.545 - SP (2008/0209773-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : NELSON NED SOARES DE MORAES (PRESO)
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO
RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. PROCEDIMENTO DA LEI 10.409/2002. CRIMES PREVISTOS NA LEI 6.368/1976.

1. Apesar do capítulo referente aos crimes da Lei 10.409/2002 ter sido vetado pelo Presidente da República, o procedimento nela previsto deve ser observado no processo e julgamento dos crimes definidos na Lei 6.368/1976. Precedentes.

INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 10.409/2002. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. ARGUIÇÃO OPORTUNA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A inobservância do rito procedimental previsto no artigo 38 da Lei 10.409/2002, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica nulidade relativa do processo, razão pela qual deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de preclusão.

2. Apesar de a nulidade haver sido alegada tempestivamente, no momento das alegações finais, a defesa não logrou demonstrar que foi prejudicada pelo não oferecimento das alegações preliminares, sendo impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo à parte (artigo 563 do Código de Processo Penal).

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 24.545 - SP (2008/0209773-7)

RECORRENTE : NELSON NED SOARES DE MORAES (PRESO)
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO
RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto com fundamento no art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, pela defesa de NELSON NED SOARES DE MORAES, contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, à unanimidade, denegou a ordem no *writ* n.º 1.116.979.3/0, em que se objetivava o reconhecimento de nulidade pela não observância do rito disposto na Lei 10.409/2002, nos autos da Ação Penal n.º 146/03, da 1ª Vara do Foro Distrital de Itirapina - Comarca de Rio Claro/SP, na qual restou condenado pela prática dos delitos descritos nos artigos 12 e 14, ambos da Lei 6.368/1976.

Colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido:

"A arguição de nulidade do processo não é de ser agasalhada nesta via.

Os crimes definidos na Lei nº 10.409/02, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, previstos nos artigos 14 a 26 do Capítulo III, foram inteiramente vetados pelo Presidente da República, o que tornou inócua a disposição contida no artigo 27 da aludida Lei, assim como o procedimento penal a ela relativo.

Em face do veto presidencial aos delitos previstos na Lei nº 10.409/2002, esta restou vazia de conteúdo, de maneira que continuaram a subsistir as figuras típicas definidas na Lei nº 6.368/76, vigente à época, e o procedimento criminal nela fixado.

Além disso, embora a questão seja polêmica, a verdade é que a nulidade, se existente, seria relativa, de sorte que o seu eventual reconhecimento estaria condicionado à comprovação de prejuízo." (fl. 127)

No recurso ordinário defendeu-se, de início, a aplicação do procedimento previsto na Lei 10.409/2002 aos crimes da Lei 6.368/1976.

Sustentou-se que, no caso, não houve a aplicação do disposto no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

38 da Lei 10.409/2002, uma vez que a denúncia fora recebida antes da notificação do ora recorrente para apresentar defesa preliminar.

Argumentou-se que a nulidade fora suscitada tempestivamente quando do oferecimento de alegações finais, e que a falta de notificação para a apresentação da defesa preliminar acarretou prejuízo na medida em que não foi possível a arguição de preliminares, a invocação de todas as razões de defesa, bem como a exibição de documentos e o arrolamento de testemunhas.

Alegou-se, portanto, que a inobservância do rito acarreta nulidade absoluta, requerendo-se, assim, o conhecimento e provimento do recurso, para que se anule o processo-crime a partir da citação, com o relaxamento da prisão em razão do excesso de prazo.

Ascenderam os autos a este Tribunal e, contra-arrazado o inconformismo, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu provimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 24.545 - SP (2008/0209773-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Primeiramente, cumpre esclarecer que o rito estabelecido na Lei 10.409/2002 é aplicável aos crimes previstos na Lei 6.368/1976.

Embora tenha ocorrido divergência doutrinária e jurisprudencial à época da edição da Lei 10.409/2002, é certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido da aplicação do procedimento nela previsto aos crimes definidos na Lei 6.368/1976.

Isso porque, conquanto o capítulo referente aos crimes da Lei 10.409/2002 tenha sido vetado pelo Presidente da República, o procedimento nela previsto continuou em vigor, devendo ser observado, portanto, no processo e julgamento dos delitos previstos na Lei 6.368/1976, que continuou vigendo somente no que não confrontava com a Lei 10.409/2002.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL ADOTADO PELA LEI 10.409/2002. DEFESA PRELIMINAR ESCRITA. NULIDADE RELATIVA. INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHAS EM COMARCA DIVERSA DO DISTRITO DA CULPA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ATO PROCESSUAL NÃO REALIZADO.

1. A Lei n.º 10.409/2002, no que concerne o rito procedimental previsto aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, revogou parcialmente a Lei n.º 6.368/76, encontrando-se, inclusive, em vigência.

2. Consoante o entendimento da Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n.º 26.900/SP, a inobservância do art. 38, da Lei n.º 10.409/2002, consubstanciada na falta de oportunidade ao acusado de apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça inicial acusatória, não constitui nulidade absoluta, mas relativa, dependendo, para o seu reconhecimento, de efetivo prejuízo.

3. Inexiste prejuízo ao paciente, quanto à falta de intimação de sua defesa constituída quando da expedição de carta precatória para a inquirição das testemunhas do co-réu, em comarca diversa do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distrito da culpa, porquanto o indigitado ato não se realizou.

4. Ordem denegada.

(HC 34349/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 21/06/2004 p. 237)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEIS Nos 6.368/76 E 10.409/02. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. APLICAÇÃO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. INOBSERVÂNCIA DO NOVO RITO PROCEDIMENTAL. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO À DEFESA.

1. A Lei nº 6.368/76 permanece em vigor naquilo em que não confrontar com a Lei nº 10.409/02, não podendo o magistrado deixar de aplicar o novo rito procedimental, que não foi vetado, produzindo efeitos desde a sua edição.

2. A melhor solução para esse conflito aparente de normas encontra-se no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, segundo o qual "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente toda a matéria de que tratava a anterior." 3. A alegação de nulidade pela não observância do novo rito há de ser avaliada em cada caso, sempre tendo em conta o prejuízo que possa ter advindo para o acusado, a ser objetivamente demonstrado.

4- habeas corpus denegado.

(HC 28658/MG, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 24/10/2005 p. 382)

Na hipótese vertente, verifica-se que o recorrente foi condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, além do pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, pela prática dos delitos dispostos nos artigos 12 e 14, ambos da Lei 6.368/1976.

Os elementos constantes dos autos noticiam que foi interposto recurso de apelação contra a referida sentença condenatória, que ainda não foi julgada (fl. 84).

Além disso, foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Origem, postulando a nulidade do feito em razão da inobservância do rito adequado ao caso, tendo a Corte Estadual denegado a ordem ao argumento de que não se aplica o rito previsto na Lei 10.409/2002 aos crimes da Lei 6.368/1976, e que ainda que houvesse nulidade, ela seria relativa, sendo que, no caso, restou ausente a comprovação do prejuízo ante a não apresentação de defesa preliminar. Em razão desta decisão houve a interposição do presente recurso.

Com efeito, a jurisprudência acerca da ocorrência de nulidade nas hipóteses em que não foi observada a oportunidade de o acusado apresentar defesa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preliminar antes do recebimento da denúncia, prevista, à época, no artigo 38 da Lei 10.409/2002, posteriormente substituído pelo artigo 55 da Lei 11.343/2006, firmou-se no sentido de que o vício é relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente com a demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N.º 9.296/96. DEGRAVAÇÃO. PERÍCIA ESPECIALIZADA. DESNECESSIDADE. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 10.409/02. DEFESA PRELIMINAR NÃO APRESENTADA PELO PATRONO CONSTITUÍDO. FALTA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO TEMPESTIVA DA NULIDADE RELATIVA EM ALEGAÇÕES FINAIS. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

2. A douta maioria dos membros da Quinta Turma desta Corte, revendo a anterior posição, passou a entender que a inobservância do rito procedimental traçado no art. 38 da Lei 10.409/02 gera nulidade relativa, que deve ser arguida até as alegações finais, sob pena de preclusão.

3. Como a Defesa não se insurgiu contra o descumprimento do rito estabelecido pela Lei n.º 10.409/2002, com prontidão, durante o curso da ação penal, além de não ter sido demonstrado o efetivo prejuízo, não há como reconhecer a pretendida nulidade.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 988.615/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 10.409/2002. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR ANTES DO INTERROGATÓRIO. PEÇA OFERECIDA NA SEQUÊNCIA. EXAME ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE RELATIVA. ARGUIÇÃO INOPORTUNA. PRECLUSÃO.

1. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica em nulidade relativa do processo, razão pela qual deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de preclusão.

2. A teor do disposto nos arts. 571 e 572 do CPP, é inviável acolher-se a pretensão de nulidade se a eiva foi aventada apenas em sede de recurso de apelação e de habeas corpus, após a prolação de sentença condenatória já confirmada pelo Tribunal a quo.

3. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada diante da ausência de citação para oferecimento de defesas preliminares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes do interrogatório dos pacientes, apresentadas posteriormente, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

(...)

(HC 120.771/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 13/10/2009)

Esta orientação foi corroborada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, leia-se:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI 10.409/02. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito argüida neste habeas corpus corresponde à possível nulidade do processo por inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/02, em vigor na época em que foi deflagrada a ação penal. 2. Considero que, efetivamente, não há como simplesmente reconhecer a nulidade do processo tão-somente pela inobservância do rito procedimental ditado pela Lei 10.409/02, ao não ser oportunizada a apresentação de resposta prévia do paciente antes do ato de recebimento da denúncia. 3. Esta Turma já teve oportunidade de analisar situação assemelhada à presente, sob o fundamento da inexistência de comprovação do prejuízo: "o dano que gera nulidade deve ser concreto e oportunamente demonstrado em cada situação", razão pela qual considerou-se que não houve configuração da nulidade do processo (HC 86.789/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.03.2006). 4. Habeas corpus denegado.

(HC 99441, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJe-050 DIVULG 18-03-2010 PUBLIC 19-03-2010 EMENT VOL-02394-02 PP-00335)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI 10.409/2002. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO DO WRIT COM DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DAS ALEGAÇÕES. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. I - Constitui ônus do impetrante instruir adequadamente o writ com os documentos necessários ao exame da pretensão posta em juízo. II - Para o reconhecimento da existência de nulidade absoluta, em razão da inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, torna-se necessário a demonstração do prejuízo causado pelo não oferecimento da defesa prévia. III - Impetração não conhecida.

(HC 96916, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00878)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Inobservância do rito do art. 38 da Lei nº 10.409/02. Declaração de nulidade que se justificaria somente se comprovado o efetivo prejuízo. Devido processo legal observado pelos demais meios de defesa. Revogação da Lei nº 10.409/02 pela Lei nº 11.343/06. 1. Presente a realidade dos autos, a alegação de nulidade da ação penal, que decorreria da inobservância do art. 38 da Lei nº 10.409/02, se levado em consideração que o paciente pôde exercer a defesa em sua plenitude, como de fato exerceu, tendo a sentença sido condenatória justamente porque os fatos narrados na denúncia foram confirmados durante a instrução criminal, não tem razão jurídica suficiente para que sejam anulados todos os atos processuais legalmente praticados. 2. A Lei nº 10.409/02 foi revogada pela Lei nº 11.343/06, não havendo nenhuma utilidade no reconhecimento da alegada nulidade, pois a nova norma aplicável aos crimes relacionados às drogas não mais exige o interrogatório pré-processual. 3. Habeas corpus denegado.

(HC 94011, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00527)

Na hipótese vertente, apesar de arguida oportunamente a nulidade quando do oferecimento das alegações finais, a defesa não logrou demonstrar eventual prejuízo advindo da inobservância do mencionado procedimento, consoante ressaltado, inclusive, pela magistrada que proferiu a sentença condenatória:

"Do mesmo modo, a ausência de aplicação do procedimento previsto na Lei nº 10.409/02, com possibilidade de defesa preliminar, configura nulidade relativa e, como tal, exige a demonstração do efetivo prejuízo, o que também não ocorreu; ressalto que não há nos autos nenhum elemento que possa embasar a rejeição da denúncia de modo que esta não seria rejeitada caso o réu Nelson tivesse a oportunidade de apresentar defesa preliminar. Nenhuma razão, portanto, para a anulação do processo." (fl. 37)

Segundo dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo e, consoante o exposto, não se constata o cerceamento aventado, a ponto de invalidar-se a o processo a partir da citação.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o **pas de nullité sans grief**. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.*

Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

*A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc." (**Curso de direito processual penal**. 26ª ed. Saraiva: São Paulo, p. 440).*

A defesa do paciente, neste recurso ordinário em *habeas corpus*, cingiu-se a simplesmente alegar a ocorrência da nulidade, sem declinar qual teria sido o prejuízo suportado, já que sequer faz menção a eventuais argumentos aptos a dar ensejo à rejeição da denúncia na hipótese em apreço.

Portanto, não restando comprovada a ocorrência de efetivo prejuízo ante o não oferecimento da defesa preliminar prevista no artigo 38 da Lei 10.409/2002, impossível anular-se o processo nos termos como almejado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0209773-7

RHC 24545 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11169793 1462003 993070155140

EM MESA

JULGADO: 11/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NELSON NED SOARES DE MORAES (PRESO)

ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO

RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de maio de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário