



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.675 - SP (2009/0181887-4)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : GINO ORSELLI GOMES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ANA PAULA CAPAZZO FRANÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO *WRIT HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEIS Nºs 10.409/02 E 11.343/06. RITO PROCEDIMENTAL. INOBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (ex vi do art. 105, inciso II, alínea "a", da CF).

2. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias.

3. A modificação desse entendimento representa o revigoramento, na jurisprudência, do recurso ordinário cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, andarà em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, que consubstanciam verdadeiro norte no processo de interpretação e concretização do texto constitucional.

4. É preciso que se opere uma releitura do *habeas corpus* cujo objetivo é a tutela da liberdade de locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático.

5. Verificada a hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação inócurrenente na espécie.

6. Na extensa linha jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, é uníssono o entendimento segundo o qual não se concebe a nulidade do rito procedimental pela inobservância do art. 38 da Lei nº 10.409/02,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando for garantido aos réus o exercício da ampla defesa, e não se demonstrar efetivo prejuízo com a supressão da defesa preliminar.

7. Impetração não conhecida, revogando a liminar anteriormente concedida, de modo a permitir o regular prosseguimento da Ação Penal n.º 2004.61.19.007864-4 (2ª Vara Federal de Guarulhos/SP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, cassada liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.675 - SP (2009/0181887-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANA PAULA CAPAZZO FRANÇA, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso nas penas do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, inciso I e III, ambos da Lei n.º 6.368/76, à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, mais pagamento de 117 (cento e dezessete) dias-multa.

Nos termos em que descreveu a denúncia, por volta das 16:30h do dia 12.11.2004, no Aeroporto Internacional de Guarulhos - SP, a ora paciente Ana Paula Capazzo França e o corréu Ari Carvalho Filho foram presos em flagrante delito, Ana Paula na posse de aproximadamente 2.175g (dois mil, cento e setenta e cinco gramas) de cocaína, e Ari na posse de aproximadamente 2.120g (dois mil, cento e vinte gramas) de cocaína, enquanto tentavam embarcar no voo TP 190, da companhia aérea TAP AIR PORTUGAL, com destino à cidade de Lisboa/Portugal.

Há notícia de que a paciente e o corréu respondem ao processo em liberdade, em virtude do deferimento da ordem de *habeas corpus* nos autos do HC nº 23.294-SP, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (e-fls. 257/279).

Alega o impetrante, em síntese, a presença de nulidade absoluta decorrente de inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02.

Pleiteou, inclusive liminarmente, fosse anulada a ação penal a que responde a ora paciente.

Inicialmente o *writ* teve seu seguimento negado, ante a constatação de ser mera reiteração do *Habeas Corpus* nº 145.644/SP, de minha relatoria, no qual se teria formulado idêntico pedido.

Todavia, ante os esclarecimentos prestados na petição de e-fls. 300/302,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a partir dos quais foi exercido o juízo de retratação, autorizou-se o prosseguimento do feito.

Naquela mesma oportunidade, foi parcialmente deferida a liminar perquirida, a fim de determinar o sobrestamento do curso da Ação Penal nº 2004.61.19.007864-4 (2ª Vara Federal de Guarulhos/SP).

Foram solicitadas informações ao Juízo da 2ª Vara Federal de Guarulhos, acerca do rito seguido no decorrer da instrução quanto ao cumprimento da providência disposta no art. 38 da Lei nº 10.409/02.

Prestadas as informações às e-fls. 310/322, o Ministério Público Federal, por meio do parecer datado de 24.08.2010, acostados aos autos às e-fls. 326/328, opina pela concessão da ordem, para anular o processo a partir do recebimento da denúncia.

Finalmente, às e-fls. 351/352, o *Parquet* Federal atravessa petição da lavra do Eminentíssimo Subprocurador Federal da República Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, datado de 08.08.2012, requerendo urgência no julgamento do feito, e pedindo vênias para reconsiderar o parecer ofertado anteriormente, ao argumento de que ambas as Turmas criminais deste Superior Tribunal de Justiça passaram a entender tratar-se de nulidade meramente relativa à inobservância do rito processual preconizado pela já revogada Lei nº 10.409/2002, sugerindo a revogação da liminar concedida, e ao fim, pugnando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.675 - SP (2009/0181887-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Uma releitura do *habeas corpus*, nos moldes da que tem feito o Supremo Tribunal Federal, revela-se premente.

A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional.

No que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, a Carta Política estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário. Leia-se o art. 105, inciso II, alínea "a":

*Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
(...)*

*II – julgar, em **recurso ordinário**:*

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão for denegatória.

Daí não parecer salutar que esta Corte continue a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias.

Confira-se julgamento da Primeira Turma do STF, realizado em 7/8/2012, no *Habeas Corpus* nº 109.956/PR, noticiado no Informativo nº 674 do STF:

É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alinhas à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ. HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 7.8.2012. (HC nº 109.956)

Nessa quadra, a existência de previsão específica, no art. 105, II, "a", da CF, de cabimento de recurso ordinário contra decisões denegatórias de *habeas corpus*, exclui toda e qualquer interpretação no sentido de autorizar o manejo do writ originário nesta Corte, substitutivo de recurso ordinário, com fundamento no art. 105, I, "c", da CF.

É mister restaurar a consciência da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, isto é, de intérprete da lei federal. É preciso assimilar, com precisão, que não cabe ao Tribunal Superior reexaminar fatos, ou apreciar o grau de justiça das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Federais.

É nesse contexto que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

A exemplo, vejam-se os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via eleita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise probatória.

4. *In casu*, a Defesa conformou-se com a sentença condenatória e, após o trânsito em julgado, impetrou o prévio writ. O Tribunal de origem não conheceu do habeas corpus, assentando inexistir ilegalidade evidente e indicando o cabimento de revisão criminal. O acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a quem não incumbe apreciar o mérito das teses defensivas, sob pena de indevida supressão de instância.

5. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC nº 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2012)

HABEAS CORPUS. TEMAS JÁ APRECIADOS EM APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO EM CONHECER WRIT ORIGINÁRIO. RACIONALIZAÇÃO DO USO DO REMÉDIO HEROICO. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme preceituado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "é imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal." (HC 117.696/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011)

2. Mesmo sendo o habeas corpus um dos remédios constitucionais destinados a tutelar um dos bens mais importantes - a liberdade -, o seu emprego deve submeter-se às hipóteses de cabimento.

3. No caso, as matérias ventiladas no writ originário são complexas, razão pela qual a apreciação destas por meio de habeas corpus encontra-se obstada, em face do âmbito cognitivo do remédio heroico. Portanto, não há falar em ilegalidade ou arbitrariedade da decisão que não conhece do mandamus primevo, motivo pelo qual a insurgência deve ser aviada por meio de outro instrumento processual mais adequado.

4. Ordem denegada.

(HC nº 220.301/TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina TJ/RS, DJe de 19/12/2011)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Na hipótese, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena imposta - questões que também demandariam o revolvimento do contexto fático-probatório -, não pode ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso - circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção - donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

III. Ordem não conhecida.

(HC nº 200.077/MS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/8/2011)

Do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REAPRECIAÇÃO DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Habeas Corpus, instrumento de tutela primacial de liberdade de locomoção contra ato ilegal ou abusivo, tem como escopo precípua a liberdade de ir e vir.

2. Deveras, a cognominada doutrina brasileira do Habeas Corpus ampliou-lhe o espectro de cabimento, mercê de tê-lo mantido como instrumental à liberdade de locomoção.

3. A inadmissibilidade do writ justifica-se toda vez que a sua utilização revela banalização da garantia constitucional ou substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância.

4. Consectariamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que não cabe Habeas Corpus: a)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas hipóteses sujeitas à pena de multa (Súmula 693 do STF); b) Nas punições em que extinta a punibilidade (Súmula 695 do STF); c) Nas hipóteses disciplinares militares (art. 142 § 2 da CRFB), salvo para apreciação dos pressupostos da legalidade de sua infligência; d) Nas hipóteses em que o ato Atacado não afeta o direito de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou administrativos; f) Na preservação de direitos fundamentais que não a liberdade da locomoção de ir e vir, salvo manifesta teratologia e influência na liberdade de locomoção; g) Contra decisão de relator de Tribunal de Superior ou juiz em writ originário, que não concede o provimento liminar, porquanto erige prejudicialidade no julgamento do próprio meritum causae; h) Contra decisão de não conhecimento de writ nos Tribunal de Superior uma vez que a cognição meritória do habeas corpus pelo STF supressão de instância; salvo manifesta teratologia ou decisão contrária à jurisprudência dominante ou pela Corte Suprema.

5. A supressão de instância, por constituir error in procedendo, impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. Precedentes (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094; HC 97.761/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 79.551/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 73.390/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 81.115/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão).

6. A análise dos elementos de convicção acerca das circunstâncias avaliadas negativamente na sentença condenatória não é compatível com a via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes (HC 97058, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010).

7. In casu, o impetrante busca: (i) a supressão da circunstância judicial da alta culpabilidade, fulcrada no longo iter criminis percorrido, já que o Tribunal de Justiça eliminou a causa de aumento de pena da interestadualidade; (ii) a exclusão da circunstância judicial da elevada quantidade de droga, por ser o próprio elemento do tipo; (iii) o reconhecimento da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, embora inexistente pedido nas instâncias anteriores, o STJ deveria ter concedido habeas corpus de ofício para esse fim, considerando que a quantidade de droga deve ser apreciada na primeira fase de fixação da pena, não na terceira; (iv) uma vez reconhecendo-se a minorante do "tráfico privilegiado", objeto do pedido anterior, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da possibilidade de a paciente cumprir a pena em regime aberto, bem como a sua substituição por pena restritiva de direitos.

8. *Os argumentos aviados no presente writ que envolvam a aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não são passíveis de cognição nesta sede, porquanto matérias não suscitadas perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.*

9. *Deveras, assiste razão ao Ministério Público, ao assentar: "Embora o uso do transporte público interurbano tenha sido valorado na terceira fase e o Tribunal estadual tenha afastado a interestadualidade, reconhecendo que "a ré iniciou e concluiu o delito dentro do Estado de Mato Grosso do Sul", as demais circunstâncias valoradas pela sentença (natureza e quantidade da droga) são suficientes para autorizar o acréscimo de seis meses na pena-base (art. 42 da Lei n.º 11.343/06)."*

10. *O habeas corpus, in casu, foi utilizado em substituição ao Recurso Ordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, motivo pelo qual não deve ser conhecido.*

11. *O art. 42 da Lei nº 11.343/06 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto, permitindo ao magistrado, portanto, elevar a pena base em razão da elevada quantidade de droga.*

12. *A análise da culpabilidade do agente tem cunho subjetivo, devendo ser realizada pelas instâncias inferiores, afigurando-se inapropriada a sua aferição em sede de habeas corpus, máxime diante da ausência de toda e qualquer teratologia da decisão.*

13. *Ordem denegada.*

(HC nº 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011)

De se ver recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de 21/8/2012:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado.

(HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 6/9/2012)

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se a sua rejeição.

Contudo, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante – situação, frise-se, incorrente na espécie –, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

No caso em apreço, conforme se extrai da simples leitura do aresto em sede de *habeas corpus*, o procedimento previsto pela Lei nº 10.409/02 não foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observado, razão pela qual resultou parcialmente deferida a liminar a fim de determinar o sobrestamento do curso da Ação Penal nº 2004.61.19.007864-4 (2ª Vara Federal de Guarulhos/SP).

É que naquele momento, prevalecia na Sexta Turma deste Tribunal a orientação segundo a qual configurava nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar, agora prevista no art. 55 da Lei nº 11.343/06, por violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, ainda que não tivesse sido demonstrado prejuízo efetivamente experimentado pela defesa.

Contudo, a Sexta Turma desta Corte, assumindo a mesma linha de entendimento praticado na Quinta Turma, promoveu um realinhamento jurisprudencial, passando a decidir que a nulidade do rito procedimental pela inobservância da Lei nº 10.409/02, ante suposta privação da oportunidade de oferecimento da defesa preliminar, somente estaria configurada quando a defesa demonstrasse a existência de efetivo prejuízo.

Na extensa linha jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, é uníssono o entendimento segundo o qual não se concebe a nulidade do rito procedimental pela inobservância do art. 38 da Lei nº 10.409/02, quando for garantido aos réus o exercício da ampla defesa, e não se demonstra efetivo prejuízo com a supressão da defesa preliminar. É o que demonstram os precedentes que ora se trazem à colação:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO ACUSADO PARA APRESENTAR DEFESA PRELIMINAR ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

INOBSERVÂNCIA DO RITO ESTABELECIDO PELA LEI Nº 10.409/02. NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM EM PARTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A alegação de excesso de prazo na instrução criminal não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevida supressão de instância. Ademais, sobreveio o trânsito em julgado do feito.

2. Para o reconhecimento da nulidade pela não observância do art. 38 da Lei nº 10.409/02, relativo à apresentação de defesa preliminar antes de ser recebida a exordial acusatória - procedimento também previsto no art. 55 da Lei nº 11.343/06 -, é preciso verificar o momento processual em que foi alegada e as peculiaridades do caso concreto.

3. Hipótese em que a defesa apresentou pedido genérico de nulidade, sem indicar qualquer circunstância concreta apta a indicar a existência de real prejuízo.

4. De se enfatizar que o feito teve tramitação regular, ensejando a condenação da paciente por tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Esta Corte tem assentado a inexistência de nulidade pela inobservância do rito instituído pela Lei nº 10.409/02, em especial no seu art. 38, se for garantida a ampla defesa ao réu no curso do processo e não se demonstrar prejuízo concreto.

6. Ordem em parte conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC nº 35.099/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5/9/2012)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 55 DA LEI N.º 11.343/06. DEFESA PRÉVIA. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCESSUAL.

APRESENTAÇÃO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INSURGÊNCIA NÃO APRESENTADA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. DECRETO CONDENATÓRIO.

PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. VEDAÇÃO AO RECURSO EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A Eg. Quinta Turma desta Corte entende que a inobservância do trâmite processual disciplinado no art. 55, da Lei nº 11.343/06, implica nulidade relativa, que para ser reconhecida necessita da alegação oportuna juntamente com a comprovação do prejuízo.

II. Superado o momento processual adequado, não há que se falar na nulidade ora trazida ao exame desta Corte, principalmente em sede de habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere. A irresignação, agora, deverá ser veiculada nas vias ordinárias de recurso, para exame do Tribunal a quo, em sede de apelação.

III. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, DJe de 28/08/2008).

IV. Ordem denegada.

(HC nº 238.170/MT, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 14/8/2012)

Como sobejamente registrado nas instâncias de origem, a defesa não se desincumbiu de demonstrar o prejuízo alegado, a não ser pela própria inexistência da fase de defesa preliminar. É o que se infere do excerto do aresto impugnado, que ora se reproduz:

"(...) na situação em exame, verifica-se que a denúncia veio a ser oferecida pelo Ministério Público Federal em data de 25 de novembro de 2004 (fls. 15/18), com o recebimento da peça vestibular em 1º de dezembro daquele mesmo ano (fl. 23), oportunidade em que o MM. Juiz 'a quo' determinou, dentre outras providências, a citação dos apelantes.

Desse modo, depreende-se que a denúncia foi recebida antes de ter sido dada à oportunidade de apresentação da defesa preliminar.

Entretanto, no tocante a esse particular, bem como ao alegado cerceamento de defesa decorrente, verifica-se que não se demonstrou quais teriam sido os prejuízos efetivamente ocorridos.

E, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.'" (e-fl. 262).

Assim, não é de ser acolhida sua irresignação, salientando que qualquer pretensão de desconstituir ao quadro fático delineado na origem estaria inviabilizada, uma vez que a via do *habeas corpus* não permite o exame aprofundado do acervo fático-probatório dos autos.

Ante o exposto, não conheço da impetração, revogando a liminar anteriormente concedida, de modo a permitir o regular prosseguimento da Ação Penal nº 2004.61.19.007864-4 (2ª Vara Federal de Guarulhos/SP).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0181887-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 147.675 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200461190078644 200503000666526 200603000446270

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GINO ORSELLI GOMES
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ANA PAULA CAPAZZO FRANÇA
CORRÉU : ARI CARVALHO FILHO

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, cassada liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.