



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.856 - SP (2010/0174856-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VALÉRIA APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO MATUNAGA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre a aventada inépcia da denúncia, tendo em vista que não foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N.10.409/02. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. EIVA RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei 10.409/02, 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. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, 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).

3. Não fosse isso, observa-se que a impetração também não trouxe à colação qualquer documentação a comprovar que não foi oportunizada à defesa a apresentação da referida peça processual nos termos do art. 38 da Lei nº 10.409/02, razão pela qual inviável se aferir a ocorrência da alegada mácula no rito procedimental adotado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 31 de maio de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.856 - SP (2010/0174856-5)

IMPETRANTE : VALÉRIA APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO MATUNAGA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SERGIO MATUNAGA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 971.226.3/9-00.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime integral fechado, bem como ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76. A pena privativa de liberdade foi substituída por medida de internação em casa de custódia e tratamento pelo prazo de 3 (três) anos.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao qual foi dado parcial provimento tão somente para modificar o regime de cumprimento de pena para inicial fechado.

Sustentam os impetrantes que o paciente é alvo de constrangimento ilegal consubstanciado em suposta nulidade processual, consistente na inobservância do rito previsto na Lei n.º 10.409/02, porquanto o acusado não teria sido notificado para apresentar defesa preliminar antes do recebimento da denúncia.

Alegam, ainda, que a denúncia seria inepta, porquanto não discorreria em minúcias a conduta do paciente, atribuindo-lhe o fato de forma genérica.

Pugnam, liminarmente e no mérito, pelo reconhecimento da nulidade arguida e da inépcia da exordial acusatória, determinando-se a intimação do paciente para apresentar defesa preliminar antes do recebimento da denúncia. Requerem, também, que o réu permaneça solto até o trânsito em julgado de sua condenação.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 11 a 17), sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indeferida a tutela de urgência (e-STJ fls. 22 e 23) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 31 e 32), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (e-STJ fls. 33 a 72).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.856 - SP (2010/0174856-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, da detida análise dos autos, constata-se que o paciente foi condenado, nos autos da Ação Penal nº 564.01.2005.009501-8, da Primeira Vara Criminal da comarca de São Bernardo do Campo/SP, à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime integral fechado, bem como ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76. A pena privativa de liberdade foi substituída por medida de internação em casa de custódia e tratamento pelo prazo de 3 (três) anos.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao qual foi dado parcial provimento tão somente para modificar o regime de cumprimento de pena para inicial fechado, o que deu azo ao presente *mandamus*.

Inicialmente, da leitura do acórdão objurgado, verifica-se que a questão referente à inépcia da denúncia não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre este tópico, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância.

Ressalte-se que a apelação criminal interposta pela defesa não veiculou, em suas razões, qualquer inconformismo relativo à apontada inépcia da exordial acusatória, cingindo-se a requerer, preliminarmente, a nulidade do feito em virtude da inobservância do rito estabelecido no artigo 38 da Lei nº 10.409/02 e, no mérito, a sua absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para uso de substância entorpecente bem como a mitigação da pena e a redução do prazo de internação para 2 anos, consoante se verifica do relatório do acórdão objurgado constante às fls. e-STJ 13.

Como é cediço, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o **iter procedimental** - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (op. cit. p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado por analogia permitida no art. 3º do Código de Processo Penal, devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, *que se restringe aos limites da impugnação* (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício), o Tribunal impetrado não tratou da questão mencionada - inépcia da denúncia -, mormente porque se encontra no âmbito de uma das inúmeras possíveis teses defensivas, que devem, por óbvio, ser arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, observando-se o indispensável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contraditório.

Inviável, pois, o exame da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de configuração da indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009).

Ademais, por meio do presente *writ*, busca, ainda, o impetrante a anulação da ação penal a que responde o paciente pelo fato de não lhe ter sido oportunizada a defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei n. 10.409/02.

Com efeito, é entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que, nas hipóteses em que não foi observada a oportunidade de o acusado apresentar defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/2002 (atual art. 55 da Lei nº 11.343/2006), se vício há, este é relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão.

Nesse sentido, vale citar:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE ENTORPECENTE E POSSE DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI N. 10.409/2002. IMPROCEDÊNCIA. 1. A jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, para o reconhecimento da nulidade em razão da não observância do rito da Lei n. 10.409/2002, é indispensável a demonstração do prejuízo, o que não se tem no caso dos autos. Precedentes. 2. Tratando-se, na espécie vertente, de imputação de crimes conexos de tráfico de entorpecente e posse de arma de fogo, a adoção do rito comum ordinário possibilita o exercício mais amplo do direito de defesa. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus ao qual se nega provimento.

(RHC 105154, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-225 DIVULG 23-11-2010 PUBLIC 24-11-2010 EMENT VOL-02437-01 PP-00151)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL DA LEI 10.409/02. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Na apuração do tráfico ilícito de entorpecentes e delitos afins, obedecido o procedimento comum ordinário, com a plenitude de defesa que lhe é ínsita, a anulação da ação penal pela não-observância do rito da Lei 10.492/02 se justificaria, quando arguida oportunamente, se comprovado o efetivo prejuízo.

2. Ordem denegada. (HC 104.906/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009)

E na hipótese vertente, observa-se que a defesa cingiu-se a ventilar que a nulidade seria absoluta e que houve o cerceamento de defesa, sem apontar, objetivamente, quais foram os prejuízos suportados pelo paciente. Dessa forma, não logrou a defesa demonstrar a ocorrência efetiva de prejuízo em razão da inobservância do disposto no art. 38 da Lei nº 10.409/02, olvidando-se do brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo e, consoante exposto, não se constata o cerceamento aventado, a ponto de invalidar-se a instrução criminal.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:

"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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).*

Nesse diapasão colaciona-se desta colenda Turma:

"CRIMINAL. HC [...] NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA INTEGRAL DE DEFENSOR [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

"No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

"[...].

"Precedentes desta Corte.

"Ordem denegada" (HC nº 63.368/MG, rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 14-11-2006, publicado no DJ de 4-12-2006, p. 349).

Não fosse isso, observa-se que a impetração também não trouxe à colação qualquer documentação a comprovar que não foi oportunizada à defesa a apresentação da referida peça processual nos termos do art. 38 da Lei nº 10.409/02, razão pela qual inviável se aferir a ocorrência da alegada mácula no rito procedimental adotado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Sodalício:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DENÚNCIA NÃO-JUNTADA AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER A INVESTIGAÇÕES. PREVISÕES CONSTITUCIONAL E LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

"1. O habeas corpus deve vir instruído com todas as provas que sustentem as alegações nele contidas, já que não se admite dilação probatória.

"(...).

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada".

(HC 128.233/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 15-12-2009, DJe 1-2-2010).

Não diverge o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. INDICIAMENTO FORMAL. CONCESSÃO DE WRIT PELO TRIBUNAL A QUO. PEDIDO PREJUDICADO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À OAB. AUSÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO DE IR E VIR. USO INADEQUADO DO HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INSTRUÇÃO DEFICITÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. AFERIÇÃO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DO CAMPO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA.

"(...).

"4. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, onde não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido.

"(...).

"7. Ordem denegada".

(HC nº 87.887/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 15-12-2009, DJe 8-2-2010).

Nesse passo, não sendo constatado eventual prejuízo em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inobservância do preceito contido no art. 38 da Lei nº 10.409/02, impossível anular-se o processo como almejado.

Ante o exposto, **conhece-se parcialmente do presente *writ* e**, nesta extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0174856-5

HC 185.856 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 9712263

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALÉRIA APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SERGIO MATUNAGA

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.