



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 887.098 - SP (2006/0182373-1)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ROGÉRIO AUGUSTO BARTICIOTO TOLEDO**
ADVOGADO : **JOSÉ ANTÔNIO PAVANI**
RECORRIDO : **MARIA ALBERTINA DA MOTTA PEREIRA**
ADVOGADO : **CARLOS ALBERTO VELLOZO DE BURGOS**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESRESPEITO AO ARTIGO 38 DA LEI Nº 10.409/02. NULIDADE. ARGUIÇÃO EM RECURSO DE APELAÇÃO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO NO MESMO SENTIDO DO PROCESSADO POR ESTE TRIBUNAL.

1. A não observância do rito instituído pela Lei n. 10.409/02, art. 38, acarreta a nulidade do processo penal desde o recebimento da denúncia.
2. Se a nulidade foi abordada nas razões do recurso de apelação e no acórdão da apelação, o qual reconheceu o vício, há de ser ratificada porque coincidente com pensamento desta Corte.
3. Aplicação da Súmula 83.
3. Recurso não conhecido.

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: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de outubro de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 887.098 - SP (2006/0182373-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ROGÉRIO AUGUSTO BARTICIOTO TOLEDO
ADVOGADO : JOSÉ ANTÔNIO PAVANI
RECORRIDO : MARIA ALBERTINA DA MOTTA PEREIRA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO VELLOZO DE BURGOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público, com fundamento no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da Apelação n.º 444.777-3/4.

Segundo os autos, os Recorridos foram condenados pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Amparo, SP, a 3 anos de reclusão, mais multa, por incursos no tipo do art. 12, *caput*, da Lei 6368/76.

Publicada a sentença em 17/7/2003, a defesa dos Recorridos apelou, sendo que a de ROGÉRIO AUGUSTO BARTICIOTO TOLEDO alegou nulidade do processo por descumprimento do rito dos arts. 38 e seguintes da Lei n.º 10.409/2002 (fl. 241).

Ao apreciar o recurso de apelação, o Tribunal *a quo*, reconhecendo a existência do vício, anulou o feito para que fosse obedecido o procedimento da referida lei.

Em virtude disso, o *parquet* estadual interpôs o presente recurso excepcional, em que sustenta estar o aresto recorrido em dissonância com o pensamento desta Superior Instância, notadamente o externado no julgamento do HC 37.390/RS, de que relatora a Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma.

Sustenta que a nulidade em questão é relativa e só pode ser assentida quando comprovado o efetivo prejuízo e pede o provimento do apelo para que o Tribunal *a quo* continue no exame da apelação.

Vieram contra-razões às fls. 349/352, sendo o apelo admitido às fls. 368/369.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso em parecer assim sumariado (fl. 381):

“RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO COMPROVADO. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SUPERVENIENTEMENTE FIRMADA NO SENTIDO CONTRÁRIO DO PARADGMA SELECIONADO. TÓXICO. LEI 10.409/2002. NÃO OBSERVÂNCIA. NULIDADE ABSOLUTA.

- Ainda que devidamente comprovado o dissídio pretoriano em que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamenta a pretensão recursal, não prospera o apelo, porque supervenientemente o STJ, acompanhando a exegese pacificada no STF, firmou o entendimento de que, cuidando-se de crime previsto na Lei 6.368/76, a inobservância do rito estabelecido na Lei 10.409/2002 constitui nulidade absoluta do processo, impondo-se a renovação do feito, independentemente, portanto, da ocorrência de prejuízo à defesa.

- Parecer pelo desprovimento do recurso.”

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 887.098 - SP (2006/0182373-1)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESRESPEITO AO ARTIGO 38 DA LEI Nº 10.409/02. NULIDADE. ARGUIÇÃO EM RECURSO DE APELAÇÃO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO NO MESMO SENTIDO DO PROCESSADO POR ESTE TRIBUNAL.

1. A não observância do rito instituído pela Lei n. 10.409/02, art. 38, acarreta a nulidade do processo penal desde o recebimento da denúncia.
2. Se a nulidade foi abordada nas razões do recurso de apelação e no acórdão da apelação, o qual reconheceu o vício, há de ser ratificada porque coincidente com pensamento desta Corte.
3. Aplicação da Súmula 83.
3. Recurso não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Penso que o recurso não reúne condições de conhecimento.

De fato, mesmo que se pudesse averiguar, no passado, posição diversa da Quinta Turma, o entendimento consagrado no acórdão recorrido se alinha com o que já vinha defendendo a Sexta Turma desta Corte, atraindo, por isso, a recomendação do Enunciado 83, nos seguintes termos:

“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

A propósito, observo que o aresto compreende, igualmente, o entendimento por mim professado segundo o qual, para o reconhecimento da nulidade pela não observância da etapa procedimental de apresentação da defesa prévia prevista no artigo 38 da Lei 10.409/2002, é preciso verificar o momento processual em que esta foi alegada.

Trata-se de vertente observada pela moderna doutrina processual, que leva em consideração, na análise da nulidade, a finalidade para a qual foi idealizado cada ato.

A anulação de um procedimento no qual não se verifica qualquer prejuízo leva a um formalismo que desperdiça tempo e prejudica a eficiente prestação jurisdicional, à medida em que entope as Varas e tribunais com a repetição de procedimentos já realizados, para se chegar a um mesmo resultado. Nesse sentido:

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 31).

No caso ora sob análise, constata-se que a matéria foi abordada nas razões de apelação e no acórdão da apelação, sendo, portanto, verificado o vício antes do trânsito em julgado da condenação para a Defesa.

Assim, a matéria foi examinada pela Corte estadual, que reconheceu a tempo o prejuízo advindo da não oportunização desse importante momento de defesa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça mantê-la por seus próprios fundamentos.

Com efeito, oferecida a denúncia em 7 de maio de 2003 (fl. 04), quando estava em vigor o artigo 38 da Lei 10.409/2002, segundo o qual "oferecida a denúncia, o juiz, em 24 horas ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias, (...) e designará dia e hora para o interrogatório (...)", impunha-se a abertura de prazo aos Recorrentes para a apresentação de defesa prévia ao recebimento da denúncia.

O desrespeito a essa etapa procedimental, que maior garantia traz ao acusado, aumentando a possibilidade de exercício da ampla defesa, acarreta a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia.

Trata-se de nulidade absoluta, cujo reconhecimento independe de demonstração de prejuízo, já que não há como comprovar que efeito teria a defesa apresentada para o recebimento da denúncia ou para o processo em si.

Veja-se, a respeito, como tem decidido esta Corte:

Substâncias entorpecentes (tráfico ilícito). Defesa preliminar (inexistência). Rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 (inobservância). Nulidade processual absoluta (caso).

1. A inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 é causa de nulidade absoluta.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1066836/DF, Relator Ministro NILSON NAVES, DJe 18/05/2009)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. LEIS 10.409/2002 E 11.343/2006. RITO PROCEDIMENTAL. INOBSERVÂNCIA. DEFESA PRÉVIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. Configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/2002. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

2. Com a anulação do processo desde o recebimento da denúncia, o rito que deverá ser seguido é o da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que revogou as Leis nºs 6.368/76 e 10.409/2002, mas manteve, em seu art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

55, a regra da notificação do acusado, antes do recebimento da denúncia, para o oferecimento de defesa prévia.

3. Ordem concedida. (HC 96514/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe 20/10/2008)

Ademais, com a superveniência da Lei nº 11.343/2006, o mesmo ato processual foi previsto também para o novo procedimento, em seu artigo 55, reforçando, ainda mais, a necessidade da apresentação da defesa prévia.

Ante o exposto, **não conheço do recurso.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2006/0182373-1

REsp 887.098 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 444777360001000

PAUTA: 26/10/2010

JULGADO: 26/10/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUZA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	: ROGÉRIO AUGUSTO BARTICIOTO TOLEDO
ADVOGADO	: JOSÉ ANTÔNIO PAVANI
RECORRIDO	: MARIA ALBERTINA DA MOTTA PEREIRA
ADVOGADO	: CARLOS ALBERTO VELLOZO DE BURGOS

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

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 recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de outubro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário