



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.275 - SP (2009/0108139-6)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ALEXANDRE KHURI MIGUEL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NORBERTO FANTINELLI

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02. MAGISTRADO QUE, AO RECEBER A DENÚNCIA, AFASTA A APLICAÇÃO DA REFERIDA LEI, INVOCANDO VETO PRESIDENCIAL. NULIDADE ABSOLUTA. NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. PRISÃO DESDE 2004. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA.

1. Ainda que a questão não tenha sido expressamente enfrentada pelo Tribunal de origem, não há óbice ao conhecimento da matéria, em virtude de o recurso de apelação ser dotado de amplo efeito devolutivo.

2. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal é no sentido de que configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/02.

3. O fato de a nulidade somente ter sido arguida após o desfecho do processo não inviabiliza a apreciação do pedido, pois as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.

4. Com a anulação aqui procedida, fica prejudicado o pedido de modificação do regime prisional e também desponta a necessidade de expedição de alvará de soltura, porquanto a prisão do paciente ocorreu no ano de 2004.

5. Ordem concedida para, de um lado, anular a Ação Penal nº 1.390/04 (28ª Vara Criminal de São Paulo), desde o recebimento da denúncia, inclusive; que outra seja processada, agora de acordo com a Lei nº 11.343/06. Expeça-se alvará de soltura se, por outro motivo, não estiver preso o paciente.

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 maioria, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que a denegava. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 05 de novembro de 2009 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.275 - SP (2009/0108139-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Norberto Fantinelli, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que, em 29.10.04, o paciente foi preso em flagrante, sendo posteriormente denunciado pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, porque mantinha em depósito **27,775 kg** (vinte e sete quilos, setecentos e setenta e cinco gramas) **de cocaína**.

Recebida a peça acusatória, a instrução seguiu seu curso regular, culminando com a prolação de sentença, condenando o ora paciente, por tráfico de drogas, à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, mais pagamento de 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa.

Houve apelação à qual se negou provimento com o que foi mantida a sentença.

Aponta o impetrante, em síntese, a existência de nulidade absoluta do processo, porque não se observou o rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02.

Sustenta, mais, ser inconstitucional a vedação à progressão de regime.

Pleiteia, ao final, "seja concedida a presente ordem de habeas corpus, in limine, para anular o processo a partir do recebimento da denúncia e alternativamente que seja facultado ao paciente o direito à progressão de regime" (fls. 7).

Em 8.6.09, **deferiu a liminar**, "a fim de afastar a vedação à progressão de regime, que poderá ser deferida desde que se preencha os requisitos previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal".

Pelas palavras do Subprocurador-Geral Haroldo Ferraz da Nóbrega, o Ministério Público Federal opinou pela **concessão parcial** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.275 - SP (2009/0108139-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Embora a questão da nulidade ação penal, por inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 não tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem, entendo que não há embaraço ao enfrentamento da matéria por esta Corte, tendo em vista o amplo efeito devolutivo do recurso de apelação.

Nesse sentido:

*A apelação tem amplo efeito devolutivo, daí por que a impetração de **habeas corpus** ao Superior Tribunal independe de que o seu fundamento tenha sido analisado expressamente pelo tribunal de origem. Isto é, esgotado o ofício jurisdicional local, e isso acontece com o julgamento da apelação, abre-se toda a competência do Superior, ainda que se trate de questão sem cuidados na origem. (HC-70.967/RJ, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.07)*

A ausência de análise pelo Tribunal a quo acerca da alegada fixação de regime inicial para cumprimento de pena, não configura hipótese de supressão de instância, na medida em que, tratando-se de habeas corpus impetrado contra acórdão proferido no julgamento de recurso de apelação, ocorre o efeito devolutivo amplo, sendo prescindível constar expressamente no aresto a tese defendida na impetração. (HC 129072/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 29.9.09)

Passo, então, à análise do pedido. De ressaltar, desde logo, que me filio ao entendimento de que a inobservância da defesa preliminar preconizada no art 38 da Lei nº 10.409/02 configura tão-somente nulidade relativa. Isso porque, em matéria de nulidades, deve prevalecer o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara nulidade onde inexiste prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa.

Entretanto, prevalece na Sexta Turma deste Tribunal a orientação segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a qual configura 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 .

Vejam-se os seguintes precedentes:

Substâncias entorpecentes (tráfico ilícito). Defesa preliminar (inexistência). Rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 (inobservância). Nulidade processual absoluta (caso). Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado (irrelevância).

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

2. Quando de caráter absoluto, a nulidade não preclui nem é considerada sanada; pode ser argüida em qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Relator).

3. De mais a mais, no caso, foi a nulidade argüida desde o início da ação penal.

4. Em caso tal, acolhe-se, portanto, a nulidade, desde que tenha sido suscitada no curso do processo (Turma).

5. Habeas corpus concedido. (HC 54.023/SP, Relator Ministro NILSON NAVES, DJ de 3.3.08)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI Nº 6.368/1976. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ARTIGO 38 DA LEI Nº 10.409/2002. NOVA LEI DE TÓXICOS. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1 - A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento, em relação ao qual guardo reserva, de que a não observância do rito previsto no artigo 38 da Lei nº 10.409/2002 acarreta a nulidade absoluta da respectiva ação penal.

2 - Ordem concedida para anular, a partir do recebimento da denúncia, a ação penal a que respondeu Lucio Flavio Bento, na 1ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté, em São Paulo (Processo nº 213/2006), com a determinação de que ele seja colocado em liberdade. (HC 102842/SP, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJ de 20.10.2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEIS Nºs 10.409/2002 E 11.343/2006. RITO PROCEDIMENTAL. INOBSERVÂNCIA. DEFESA PRÉVIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE ABSOLUTA.

1. Não obstante a existência de precedentes em sentido contrário à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação expedida no provimento atacado, não se vislumbram razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal.

2. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal é no sentido de que configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/2002.

3. De outra parte, com razão o parquet federal ao afirmar que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da alegada nulidade do processo, por descumprimento da referida exigência legal.

4. Entretanto, como dito na decisão agravada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tratando-se de habeas corpus impetrado contra decisão proferida em sede de apelação, não há falar em supressão de instância, em face da devolutividade integral da causa à instância superior.

5. Ademais, é certo que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC-83.112/SP, de minha relatoria, DJ de 8.6.09)

Em igual sentido são os seguintes precedentes da Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RITO DO ART. 38 DA LEI 10.409/2002. INOBSERVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. A inobservância do rito do art. 38 da Lei nº 10.409/2002, que assegura o contraditório prévio ao denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes, resulta na nulidade do processo penal, desde o recebimento da denúncia. Habeas corpus conhecido e ordem concedida. (HC 94027/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 29.5.09)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTS. 12 E 18, I, DA LEI 6.368/76. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. INAFIANÇABILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFESA PRÉVIA. ART. 38 DA LEI 10.409/02. INOBSERVÂNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal à legislação ordinária (Precedentes).

II - A inobservância do rito instituído pela então vigente Lei 10.409/02, art. 38, resulta na nulidade da ação penal desde o recebimento da denúncia, inclusive (Precedentes).

III - Ordem concedida de ofício. (STF, 1ª Turma, HC 92874/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 19.6.08)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO DO ART. 38 DA LEI N. 10.409/06. NULIDADE ABSOLUTA. ANULAÇÃO, AB INITIO, DA AÇÃO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREJUDICIALIDADE. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está alinhada no sentido de que a inobservância do rito processual traçado no art. 38 da Lei n. 10.409/06 gera nulidade absoluta. Anulação, ab initio, da ação penal, resultando prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Ordem concedida. (STF, 2ª Turma, HC 93779/SC, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 17.4.08)*

Sendo assim, e deixando ressalvado o meu posicionamento de que o vício apontado apenas autoriza a anulação do processo quando demonstrado o prejuízo, por se tratar de nulidade relativa, curvo-me ao entendimento desta Corte para acompanhar a jurisprudência aqui dominante.

No caso dos autos, conforme se extrai das informações prestadas pelo Tribunal de origem, **o Juiz do processo, ao receber a denúncia** (fls. 49/51), deixou expresso o seguinte:

Determino que seja observado o rito previsto na Lei Federal nº 6.368/76. O art. 29 da Lei 10.409/02 estabelece que 'o procedimento relativo aos crimes definidos nesta rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal'.

.....
De conseguinte, a Lei nº 10.409/02, após quase dez anos de tramitação no Congresso Nacional, é um nada jurídico, não se olvidando, ainda, as extraordinárias, insuperáveis e irreais disposições nela contidas...

Permanecem em vigor, portanto, as disposições da Lei nº 6.368/76,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cujo procedimento será o adotado nestes autos.

Mostra-se prescindível a constatação de prejuízo, uma vez que o próprio recebimento da inicial acusatória, a princípio, constitui argumento favorável à pretensão do paciente em ver o processo anulado desde o recebimento da denúncia.

É certo que a Lei nº 11.343/06, em vigor desde outubro de 2006, trouxe nova sistemática às políticas públicas sobre entorpecentes, revogando a Lei nº 10.409/02, mas não alterou, contudo, o direito de o acusado apresentar sua defesa prévia anteriormente ao início da ação penal, com o recebimento da denúncia.

Assim dispõe o **caput** do art. 55 da nova Lei:

Art. 55 – Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Como se pode verificar, é inequívoca, portanto, a necessidade de abertura de prazo para a apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia, a todos os procedimentos em andamento durante a vigência da Lei n.º 10.409/02, publicada em 11/01/02, e revogada pela Lei n.º 11.343/06, em 23/08/06.

Conforme já relatado, no caso em tela, a denúncia foi oferecida e recebida pelo Magistrado singular, que não outorgou à defesa do paciente a oportunidade de apresentar sua defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória, em desrespeito ao rito estabelecido pela Lei n.º 10.409/02.

Uma vez anulada a ação penal desde o recebimento da peça acusatória, o novo procedimento a ser seguido é o determinado pela Lei nº 11.343/06, em homenagem ao princípio do efeito imediato da lei processual penal, de que trata o art. 2º do Código de Processo Penal, conforme se segue:

Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Com a anulação aqui procedida, fica prejudicado o pedido de modificação do regime prisional. Mostra-se necessária a expedição de alvará de soltura, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da razoável duração do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo.

Diante do exposto, concedo a ordem para anular a ação penal, desde o recebimento da denúncia, inclusive, impondo-se ao Juízo processante observar o rito da Lei n.º 11.343/06, conferindo ao paciente o direito à liberdade provisória, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo.

Pelo exposto, concedo a ordem para, de um lado, anular a Ação Penal nº 1.390/04 (28ª Vara Criminal de São Paulo), desde o recebimento da denúncia, inclusive; que outra seja processada, agora de acordo com a Lei nº 11.343/06. Expeça-se alvará de soltura se, por outro motivo, não estiver preso o paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0108139-6

HC 138275 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13902004 50040832066 8882453

EM MESA

JULGADO: 05/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE KHURI MIGUEL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NORBERTO FANTINELLI

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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 maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que a denegava."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 05 de novembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário