



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.322 - RJ (2011/0096290-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : JOSÉ SIERRA NOGUEIRA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDUARDO ANTÔNIO ARISMENDY ECHEVARRIA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. RITO DA LEI N. 10.409/2002. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, o que não é o caso.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, que determina a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, constitui nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e comprovado o prejuízo.

3. Na hipótese, a defesa não se insurgiu contra a decisão que, por ocasião do recebimento da denúncia, afastou implicitamente a adoção do rito estabelecido pela Lei n. 10.409/2002. Também não o fez na defesa prévia e nas alegações finais. A questão foi suscitada pela defesa tão somente em sede de apelação e, agora, no presente *writ*, em ambas as hipóteses desacompanhadas da demonstração do prejuízo causado ao réu.

4. *Habeas corpus* 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, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.322 - RJ (2011/0096290-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Eduardo Antônio Arismendy Echevarria**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Juízo da 41ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ (Processo n. 0005836-24.2002.8.19.0207) condenou o paciente à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 374 dias-multa, pela prática dos fatos típicos descritos nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação (n. 5836-42.2002.8.19.0207), objetivando a absolvição do paciente, o reconhecimento de nulidade decorrente da inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002 e, subsidiariamente, a redução da pena aplicada. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso para reduzir a reprimenda aplicada.

Impetrado, então, o presente *habeas corpus*, alega o impetrante, em suma, que (fls. 4/5):

[...]

A anulação do presente feito a partir de fl. 974 inclusive (doc. 31), ou seja, do recebimento da r. denúncia, permitirá cessar o prejuízo do paciente, para que seja, data vênua, aplicada a Lei nº 10.409/02 (vigente à época dos fatos), com a apresentação de defesa preliminar prevista no art. 38, com a possibilidade de rejeição da r. denúncia, ou quiçá, nos termos da Lei nº 11.343/06.

[...]

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a não aplicação do procedimento previsto na Lei 10.409/02, trás nulidade absoluta ao feito, conforme ementa a seguir transcrita.

[...]

Quanto ao fundamento utilizado pela D. Autoridade Coatora de que não restou demonstrado o prejuízo do paciente (docs. 31/32), temos em primeiro, que o fato de ter sido condenado já é um prejuízo imensurável, vez que, está preso e foi cerceado em seu direito de defesa, bem como, poderia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ter dado suas explicações e a denúncia não ser recebida e, sobre o tema, foi decidido no STF que:

[...]

O pedido liminar foi indeferido (fls. 61 e 128/130).

A indigitada autoridade coatora prestou informações (fls. 74/125).

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 141/143).

Em decisão monocrática proferida em 15/10/2012, neguei seguimento ao presente *writ*, entendendo não haver razão jurídica para se reconhecer a nulidade da ação penal movida contra o paciente, pois não arguida em tempo oportuno e por não ter sido demonstrado o prejuízo decorrente da nulidade alegada (fls. 145/148).

Em ofício recebido em 19/2/2014, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal informou que, no dia anterior, fora concedida a ordem no *Habeas Corpus* n. 118.799 para que o presente *writ* fosse levado a julgamento perante o Colegiado desta Corte Superior (fls. 158/161).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.322 - RJ (2011/0096290-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Inicialmente, ressalto que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012, HC n. 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 6/9/2012, HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012 (STF); e HC n. 146.933/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/11/2011 (STJ).

Em circunstâncias excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, poder-se-ia admitir a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

No caso, não vejo motivos para alterar a decisão monocrática, proferida nos seguintes termos (fls. 146/148):

[...]

Primeiramente, cumpre salientar a existência de diversos precedentes desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/02 configura nulidade relativa, devendo ser suscitada até as alegações finais, sob pena de reclusão.

Nesse sentido:

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 10.409/2002 gera nulidade relativa, que deve ser arguida até as alegações finais, sob pena de preclusão. Precedentes.

(HC n. 127.163/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/4/2012)

Por outro lado, a despeito da discussão acerca da natureza da referida nulidade, impõe-se reconhecer que, para a sua caracterização, é de rigor a demonstração da existência de efetivo prejuízo.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte tem assentado a inexistência de nulidade pela inobservância do rito instituído pela Lei n.º 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.

(HC n. 35.099/PE, Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5/9/2012)

O prejuízo decorrente da inobservância do rito previsto na Lei n. 10.409/2002, bem como da ausência de abertura de prazo para o oferecimento da resposta preliminar mencionado no art. 38 da referida lei, deve ser demonstrado pela defesa, o que não ocorreu.

(AgRg no REsp 929.679/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 21/3/2012)

No caso dos autos, a pretensão mandamental não merece prosperar, pois, conforme bem consignado no acórdão ora impugnado, *já foi proferida sentença condenatória em desfavor do paciente, não tendo a Defesa impugnado a inversão do rito quando apresentou a defesa preliminar, ou mesmo nas alegações finais, deixando para fazê-lo apenas em sede de apelação, evidenciado-se, portanto, a preclusão temporal* (fl. 39).

Ademais, não houve qualquer demonstração de eventual prejuízo advindo da desobediência do art. 38 da Lei n. 10.409/02, de modo que não há razão jurídica para se reconhecer a nulidade da ação penal movida contra o paciente, não sendo suficiente para tanto a mera existência de sentença condenatória, a qual, por sua vez, é consequência natural do desenvolvimento processual.

Nesse passo, atestando a idoneidade do processo penal originário, consta do acórdão ora impugnado que *os demais atos processuais foram perfeitamente realizados, sendo assegurada a efetivação do contraditório e da ampla defesa* (fl. 39).

[...]

No mesmo sentido, ressalto, ainda, a jurisprudência recente desta Corte e do próprio Supremo Tribunal Federal:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) VIOLAÇÃO AO ART. 38 DA REVOGADA LEI 10.409/02. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. (3) CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE, SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). AFERIÇÃO IN CONCRETO REALIZADA PELO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL A QUO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA. APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI Nº 11.343/06. MAIOR GRAVAME AO PACIENTE. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/76. (4) REGIME. MODIFICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. (5) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Para o reconhecimento da nulidade pela não observância do disposto no artigo 38 da Lei 10.409/2002, é preciso verificar o momento processual em que foi alegada e as peculiaridades do caso concreto. Hipótese em que a Defesa apresentou pedido genérico de nulidade, sem indicar qualquer circunstância concreta apta a indicar a existência de real prejuízo. Ademais, o feito teve tramitação regular, ensejando na condenação do paciente por tráfico de drogas.

3. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/06, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto. Na hipótese em apreço, o Colegiado estadual negou expressamente a aplicação da minorante prevista na Lei nº 11.343/06, em razão da quantidade de droga apreendida, o que não configura manifesto constrangimento ilegal. De se manter a sanção imposta na condenação em face da Lei nº 6.368/76, visto que a aplicação integral da Lei nº 11.343/06 é mais gravosa ao paciente.

4. O Tribunal de origem apresentou justificativa idônea para estabelecer o regime inicial fechado e não substituir a pena privativa de liberdade (quantidade de entorpecente - 24 invólucros de maconha -, o que, no caso, não só impede a aplicação da redução como também impõem o regime prisional mais severo, pelo que deve prevalecer a lei vigente no momento do fato).

5. *Writ* não conhecido.

(HC n. 176.300/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/8/2013 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 38 DA LEI N. 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EFETIVO À DEFESA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO OPORTUNA DO RÉU PARA OFERECER DEFESA PRÉVIA. AGRAVO DESPROVIDO.

- A inobservância do rito previsto na Lei 10.409/2002, no que se refere ao prévio interrogatório do acusado, bem como à intimação para oferecimento de defesa preliminar, consiste em nulidade relativa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo necessária, para seu reconhecimento, a alegação em momento oportuno e a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 32.010/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 17/6/2013 – grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI 10.409/2002. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior 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. 2. **É relativa a nulidade decorrente da inobservância do rito processual estabelecido na Lei 10.409/2002, sendo imprescindível comprovação de efetivo prejuízo.** 3. **O princípio maior que rege a matéria é de que não se decreta nulidade sem prejuízo, conforme o art. 563 do Código de Processo Penal. Não se prestigia a forma pela forma, com o que se, da irregularidade formal, não deflui prejuízo, o ato deve ser preservado.** 4. Agravo regimental conhecido e não provido.

(HC n. 116.481/SP AgR, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 1º/8/2013 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO QUE TRATA APENAS DA CONDENAÇÃO DO PACIENTE PELO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI 6.368/1976. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI 10.409/2002. AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – Estes autos não tratam de eventual condenação do impetrante/paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, como mencionado na inicial, mas apenas da condenação relativa ao crime de tráfico de entorpecentes. Com efeito, nessa parte, o habeas corpus não pode ser conhecido. 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 necessária a demonstração do prejuízo causado pelo não oferecimento da defesa prévia. Precedentes.** III – A condenação transitou em julgado e, como bem observou o Ministério Público Federal, “não houve qualquer demonstração de eventual prejuízo advindo da desobediência ao art. 38 da Lei n. 10.409/02, de modo que não há razão jurídica para anular o processo penal movido contra o paciente”. IV – *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. V – Ordem concedida, de ofício, para determinar ao juízo de execuções criminais que avalie se o impetrante/paciente reúne os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos.

(HC n. 112.652/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 24/9/2012 – grifo nosso)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0096290-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 205.322 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200251015011805 58364220028190207

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSÉ SIERRA NOGUEIRA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: EDUARDO ANTÔNIO ARISMENDY ECHEVARRIA (PRESO)
CORRÉU	: FRANCISCO EIDER DA SILVA
CORRÉU	: RICARDO LUIZ DE CASTRO
CORRÉU	: JOSENILTON ALVES DA SILVA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.