HABEAS CORPUS Nº 114.997 - SP (2008/0197279-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE	:	MÁRCIO TADEU RODRIGUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIEGO CLEBER DE ARAÚJO (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCESSUAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 10.409/2002. CONEXÃO COM DELITOS PREVISTOS NA LEI N.º 10.826/03. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Verificando-se a existência de conexão ou continência entre o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que possui rito peculiar, e outras infrações penais, o procedimento a ser adotado será o ordinário, ressalvados os da competência absoluta do júri e das jurisdições especiais.

2. *In casu*, são imputados crime da Lei de Drogas e crimes do Estatuto do Desarmamento.

3. Ordem denegada.

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) 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, 16 de junho de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

HABEAS CORPUS Nº 114.997 - SP (2008/0197279-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE	:	MÁRCIO TADEU RODRIGUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIEGO CLEBER DE ARAÚJO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, em favor de DIEGO CLEBER DE ARAÚJO, apontando como autoridade coatora a Nona Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime integralmente fechado, pela prática do delito descrito no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76; e 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática das condutas descritas nos artigos 12 e 16 da Lei n. 10.826/03, por sentença transitada em julgado.

Alega o impetrante que, antes do recebimento da denúncia, em 13.1.2006, não foi dada ao paciente a oportunidade de oferecer defesa preliminar. Sustenta a nulidade do processo, a partir do recebimento da denúncia, em razão da inobservância do rito da Lei n.º 10.409/02. Argumenta, ainda, que a nulidade é absoluta, prescindindo da demonstração do prejuízo. Cita precedentes dos Tribunais Superiores em abono a sua tese.

Buscando a anulação da ação penal, a defesa do paciente impetrou prévio *writ* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ordem foi denegada. Colhe-se do acórdão objurgado os seguintes excertos:

> "Também, não verifico qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa por inobservância da Lei 10.409/02, não apontando a Defesa o efetivo prejuízo.
>
> Para análise da ocorrência de possível nulidade deve ser observado o Livro III, Título I, do Código de Processo Penal, notadamente o que dispõem os artigos 563 e 566, que dizem:
>
> (…)
>
> De outra banda, a Lei 10.409/02 não revogou a Lei 6.368/76. O art. 27 da Lei 10.409/02 estabelece que 'o procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo'.
>
> Acontece, porém, que todos os crimes descritos na citada Lei foram objeto de veto presidencial, assim como o art. 59 que revogava a Lei 6.368/76.
>
> Outrossim, foi vetado o art. 58 que determinava o ingresso em vigor da Lei na data de sua publicação.
>
> Por conseguinte, eventual ingresso em vigência se deu pela regra genérica do Código Civil, que, para tanto, fixa o prazo de 45 dias.

> Trata-se, assim, de Lei 'natimorta', que não descreve qualquer figura penal e não derrogou a Lei 6.368/76, que se encontra em plena vigência.
>
> E mesmo que assim não se entenda, a inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 (fase preliminar de resposta escrita) configura nulidade relativa e, assim, faz-se necessária a comprovação do efetivo prejuízo causado à defesa, inocorrente na hipótese dos autos. De fato, a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio 'pas de nullité sans grief' (CPP, arts. 563 e 566). Portanto, cumpria à defesa provar a existência de nulidade, bem assim demonstrar o dano que lhe adveio do indeferimento da perícia, mostrando a influência do mesmo sobre o mérito da causa, na sua essência e substância." (fls. 10/11.)

Pretende, liminarmente, a determinação de expedição de alvará de soltura em favor do paciente, e, no mérito, a anulação do processo desde o recebimento da denúncia, procedendo-se à intimação do acusado para apresentar defesa prévia, na forma da Lei n.º 11.343/06.

A liminar foi indeferida e, instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem e concessão de ofício para afastar o óbice da progressão de regime.

Veja-se a ementa do parecer (fl. 177):

> *"Habeas Corpus*. Lei 10.409/02. Inobservância de rito. Ausência de defesa preliminar. Nulidade. Inocorrência. Não demonstração de prejuízo. Precedentes do eg. STF. Regime integralmente fechado. Progressão. Possibilidade. Pela concessão de ofício da ordem, apenas para afastar o óbice à progressão de regime prisional."

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 114.997 - SP (2008/0197279-4)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCESSUAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 10.409/2002. CONEXÃO COM DELITOS PREVISTOS NA LEI N.º 10.826/03. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA.
1. Verificando-se a existência de conexão ou continência entre o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que possui rito peculiar, e outras infrações penais, o procedimento a ser adotado será o ordinário, ressalvados os da competência absoluta do júri e das jurisdições especiais.
2. *In casu*, são imputados crime da Lei de Drogas e crimes do Estatuto do Desarmamento.
3. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O caso diz com a debatida controvérsia acerca da nulidade por violação ao direito de oferecer defesa preliminar.

Sobre a discussão, cabe uma menção inicial acerca de patente divergência no âmbito das duas Turmas da Seção Criminal desta Corte, já que a Quinta Turma entende pela natureza relativa do vício procedimental, enquanto que a Sexta, pela natureza absoluta.

Nesse sentido os precedentes:

> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 10.409/2002. NÃO OCORRÊNCIA NULIDADE. DECORRÊNCIA.
> NECESSIDADE. DEMONSTRAÇÃO PREJUÍZO À DEFESA E ARGÜIÇÃO MOMENTO OPORTUNO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
> A Eg. Quinta Turma desta Corte firmou posição no sentido de que a não aplicação do art. 38 da Lei 10.409/02, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica nulidade relativa, a qual para ser reconhecida necessita da alegação oportuna juntamente com a comprovação do prejuízo.
> Conquanto esta Corte, em algumas oportunidades, tenha decidido mitigar o entendimento da Súmula 52, a relativização do enunciado não se aplica ao caso, eis que não evidenciado o excesso de prazo alegado.
> Não há que se falar em excesso de prazo na formação da culpa na hipótese da prestação jurisdicional já ter sido entregue e só não transitou em julgado pelo fato de a defesa recorrer, inclusive, às instâncias superiores.
> Ordem denegada, nos termos do voto do relator." (HC 176.295/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011,

DJe 04/04/2011)

> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEIS Nos 10.409/02 E 11.343/06.
>
> RITO PROCEDIMENTAL. INOBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA.
>
> RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.
>
> 1. 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.
>
> 2. De ressaltar que a atual legislação antidrogas - Lei nº 11.343/06 - revogou as Leis nos 6.368/76 e 10.409/02, mas manteve, em seu art. 55, a regra da notificação do acusado, antes do recebimento da denúncia, para o oferecimento de defesa prévia.
>
> 3. No caso dos autos, conforme se extrai das informações prestadas pelo Tribunal de origem, o procedimento previsto pela Lei nº 10.409/02 não foi observado, razão pela qual se deve anular a ação penal instaurada contra o paciente ? ainda que não tenha sido demonstrado prejuízo efetivamente experimentado pela defesa.
>
> 4. Ordem concedida para, de um lado, anular a Ação Penal nº 1.810/02 - 16ª Vara Criminal de São Paulo -, desde o recebimento da denúncia, inclusive, impondo-se ao Juízo processante observar o rito da Lei n.º 11.343/06; de outro lado, assegurar possa o paciente aguardar em liberdade o desfecho do processo." (HC 120.669/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010)

O importante de se atentar para o precedente da Sexta Turma é o fato de constatar-se que a posição da natureza absoluta não é pacífica que, além disso, existe uma terceira via de entendimento, na qual me filio, no sentido de averiguar certas particularidades do caso concreto para se concluir pela nulidade.

No caso dos autos, recebida a denúncia quando já 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, contados da data da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso", o Juiz desconsiderou a obrigação que impunha a abertura de prazo ao paciente para a apresentação de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, determinando, ao contrário, a citação e a intimação para interrogatório.

Em sede de alegações finais, por sua vez, a defesa dos réus suscitou a nulidade, sendo ela afastada na sentença sob o seguinte argumento, no que interessa (fl. 33):

> "A preliminar suscitada, visando anulação do processo por não ter sido aplicado o rito procedimental estabelecido pela Lei 10409/02, não pode ser acolhida.

> Ocorre que não é o caso de se anular o processo, como pretendido. A Lei invocada estabelece em seu art. 27 que o procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo. No entanto, o referido Capítulo foi inteiramente vetado, assim como o foi o art. 59 da mencionada Lei, o qual revogava expressamente a Lei 6.368/76. Esta, portanto, continua em plena vigência, aplicando-se o que nela estabelecido para o procedimento, de modo que nenhuma existe para ser declarada, segundo entendemos.
>
> Além disso, nenhum prejuízo foi causado aos acusados, tanto isso é verdade, que não se alego, muito menos se comprovou, prejuízo causado à ampla defesa."

A sentença transitou em julgado sem recurso da defesa.

Conquanto a discussão tenha pendido para a conclusão vertida pelo magistrado de primeiro grau, na verdade, o quanto pretendido pela defesa encobriu dado importantíssimo do procedimento, relativamente à existência de imputação por concurso de crimes.

Realmente, ao Paciente foram imputadas as condutas previstas tanto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, quanto nos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03, sendo ele, neste último caso, condenado em 4 anos e 8 meses de reclusão.

Portanto, diante da existência de figuração delituosa não alcançada pela Lei 10.409/02, que cuida especificamente dos crimes de traficância, é de se imaginar rito processual diverso, notadamente o rito ordinário aplicado ao procedimento em questão.

Esse entendimento já é pacífico nesta Corte, conforme se nota dos precedentes:

> "HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. CRIMES CONEXOS. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EIVA INOCORRENTE.
>
> 1. Havendo crimes diversos, alguns previstos na Lei 11.343/06 e outros, cujo rito é o estabelecido no Código de Processo Penal, este deve prevalecer, haja vista a maior amplitude à defesa no procedimento nele preconizado (Precedentes STJ).
>
> 2. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei 11.343/2006, 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.
>
> 3. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal brasileiro nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).
>
> SEPARAÇÃO DE PROCESSOS. EXCESSO DE PRAZO PARA A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ÉDITO PROFERIDO. PLEITOS PREJUDICADOS.
>
> 1. Sendo exarada sentença, resta prejudicada, ante a perda de objeto,

a pretensão de desmembramento dos autos e a alegação de excesso de prazo para que seja proferida decisão final no feito.

2. Writ parcialmente conhecido, sendo nesta extensão denegada a ordem." (HC 96.634/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 21/09/2009)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 14 DA LEI 6.368/76. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTA CORTE. PEDIDO PREJUDICADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. TESE NÃO APRESENTADA PERANTE O TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DE RITO. INOCORRÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS. RITO ORDINÁRIO. AMPLA DEFESA OBSERVADA. PRISÃO PREVENTIVA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

(...)

III - Não obstante seja imputado ao paciente a prática do delito de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 (antiga Lei de tóxicos), o que justificaria, a princípio, a adoção do rito previsto na Lei 10.409/02, trata, a hipótese, entretanto, de crime conexo aos de quadrilha e lavagem de dinheiro, atribuídos aos demais co-réus, o que importa, inegavelmente, em unidade de processo e julgamento, nos termos do art. 79 do CPP. Assim, tratando-se de ação penal referente a processo de crimes diversos, afetos a ritos distintos, porém de apuração conexa, a adoção, in casu, do rito ordinário, revela-se em consonância com o princípio da ampla defesa, porquanto o procedimento nele inserto afigura-se mais amplo aos acusados (Precedente desta Corte).

(...)

Habeas Corpus conhecido em parte, e nesta, denegado. Cassada a liminar e, por conseguinte, a extensão do benefício concedida a co-réus. (HC 85.432/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 6/10/08)

"*HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA. NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 10.409/2002. INOCORRÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONEXOS. RITO ORDINÁRIO. AMPLA DEFESA OBSERVADA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. Existindo conexão ou continência entre o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e outras infrações penais, o procedimento a ser adotado será o da infração mais grave, ressalvados os da competência absoluta do júri e das jurisdições especiais. Inteligência do art. 28 da Lei n.º 6.368/76.

2. Quando os crimes conexos apurados, que demandam a unidade do julgamento, são de igual gravidade e afetos a ritos procedimentais distintos, não há nulidade na adoção do rito ordinário para o julgamento dos delitos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ademais, diante da recente mudança de orientação no Pretório Excelso, a maioria da Quinta Turma entendeu que falta de defesa preliminar

> se consubstancia, agora, em nulidade relativa, que deve ser argüída até as alegações finais, sob pena de preclusão.
>
> 4. Assim, comprovada a inexistência de prejuízo à defesa, aplicar-se o princípio *pas de nullité sans grief*, disposto no art. 563, do Código de Processo Penal.
>
> 5. Ordem denegada."
>
> (HC 80.370/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009)

Como visto, nos casos de conexão dos delitos previstos na Lei de Drogas, que possui procedimento peculiar, com outros cujo rito atribuído é o ordinário, é de se adotar a unidade de processo e de julgamento, de acordo com o estabelecido no artigo 79 do Código de Processo Penal, implicando, em casos tais, na prevalência do rito ordinário.

Portanto, existindo motivos para se desejar maior amplitude no direito de defesa, seja pela complexidade da causa, seja pelo concurso de duas ou mais infrações com procedimentos diversos, o rito ordinário passa a servir como regra.

Confira-se o que elucida a doutrina sobre o tema:

> "Talvez uma regra geral pudesse ser fixada, em obediência aos princípios constitucionais que informam o processo penal, no plano das garantias individuais: no concurso de crimes, conexos ou continentes, deverá ser sempre adotado o procedimento em que seja prevista a maior possibilidade de defesa, ou a mais ampla defesa.
>
> Dessa maneira, o procedimento a ser adotado, quando diversos os ritos dos crimes reunidos, deveria ser aquele previsto para os crimes punidos com reclusão, ou seja, o procedimento comum, da competência dos juízes singulares (art. 394 a 405 e art. 498 a 502 CPP)." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003 - pag. 731).

Não se olvide, o procedimento ordinário atende perfeitamente a complexidade do feito. É de ver que não se privou a defesa da oportunidade de arrolar testemunhas, que foram ouvidas oportunamente, especificar provas, apresentar documentos, requerer diligências ou outros atos relativos ao exercício do princípio da ampla defesa.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0197279-4 **HC 114.997 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12191023 22006 3200120060000082 993080414424

EM MESA JULGADO: 16/06/2011

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. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	MÁRCIO TADEU RODRIGUES
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIEGO CLEBER DE ARAÚJO (PRESO)

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) 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.