

STJ anula processo em razão da não-aplicação do procedimento previsto na Lei nº 10.409/2002

RENATO MARCÃO

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

1. Primeiras reflexões

Desde que a Lei nº 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos) entrou em vigor, passamos a defender a aplicabilidade do procedimento nela previsto, relativo a *instrução criminal*, conforme regulado no Capítulo V, art. 38 e seguintes.¹

Alguns doutrinadores se posicionaram em sentido contrário,² e, na mesma toada, seguiu o entendimento firmado pela Egrégia 3ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, que elaborou a seguinte ementa para orientação quanto a seu posicionamento: “*Para as infrações penais da Lei nº 6.368/76, continua*

¹ RENATO MARCÃO, “Novas considerações sobre o procedimento e a instrução criminal na Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos)”, *Revista Meio Jurídico*, ano V, nº 52, junho de 2002, pp. 18/28; “Plural”: *Boletim Informativo do CEAJ/Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 6, nº 34, março-abril/2002, p. 13; *RT* 800/500; <http://www.direitopenal.adv.br>; <http://www1.jus.com.br>; <http://www.bpdir.adv.br>; <http://www.juridica.com.br>; <http://www.apoena.adv.br>; <http://www.suigeneris.pro.br>; <http://www.emporiodosaber.com.br>; <http://www.mundojuridico.adv.br/penal.html>; <http://www.direitonet.com.br>; <http://www.ibccrim.org.br>; <http://www.saraivajur.com.br>.

² Cf., p. ex.: GUILHERME DE SOUZA NUCCI. “Breves comentários às Leis 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais Federais) e 10.409/01 (Tóxicos)”, <http://www.cpc.adv.br/doutrip.htm>.

em vigor o procedimento previsto no mesmo diploma legal, tendo em vista a inaplicabilidade do procedimento da Lei nº 10.409/2002, ressalvando-se que eventual reconhecimento de nulidade por adoção de rito indevido estará sujeito a comprovação de efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP.”

Acrescente-se que, no material produzido pela Egrégia 3ª Procuradoria, se anotou que a Lei nº 10.409/2002 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2002, entendimento com o qual não concordamos, por concluirmos que ela entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2002,³ conforme já expusemos em outras ocasiões.⁴

2. Primeiros acórdãos

Julgando o *Habeas Corpus* nº 206.389-4, de que foi relator o excelentíssimo dr. LAURO AUGUSTO FABRÍCIO DE MELO, em 5 de setembro de 2002 o Tribunal de Alçada do Paraná decidiu, por votação unânime, que: “A inobservância da regra prevista no art. 38, da Lei nº 10.409/2002, que alterou disposições da Lei nº 6.368/76, impõe seja declarado nulo ex radice o procedimento, por importar óbvia violação do direito constitucional à ampla defesa”, fundamentando e citando no v. acórdão a doutrina de RENATO DE OLIVEIRA FURTADO⁵ e a posição por nós defendida no sentido de que, se a denúncia for recebida sem a observância do rito novo, tal decisão deve ser atacada pela via do *habeas corpus*.

Aliás, no citado HC, foi concedida medida liminar parcial, que acabou confirmada no julgamento do mérito.

Comentando tal decisão, o notável LUIZ FLÁVIO GOMES consignou seu sempre respeitável posicionamento no sentido de seu acerto.

Argumentou o jurista: “A decisão retro foi muito acertada. Toda lei vigente e válida deve ser observada estritamente. Não pode o juiz negar vigência a uma lei adequadamente aprovada pelo Parlamento e válida. Havia polêmica em torno da Lei nº 10.409/02, no que diz respeito à sua eficácia jurídica. Mas ocorre que ela entrou em vigor no dia 28.02.02 e tem compatibilidade vertical com a Constituição (é válida, portanto, como diz FERRAJOLI)”.⁶

E complementou: “Discutia-se, entretanto, sua eficácia jurídica em virtude do que dispõe o seu art. 27 (‘Nos crimes previstos nesta lei, será observado o procedimento...’). Pergunta-se: quais crimes, se todos os que estavam previstos na Lei nº 10.409/02 foram vetados pelo Presidente da República? Apesar disso, como não existe a menor dúvida sobre a quais crimes se refere o art. 27 da Lei nº 10.409/02 (é evidente, óbvio e ululante que esse dispositivo legal diz respeito aos crimes previstos na Lei nº 6.368/76), segundo nosso ponto de vista — já externado no nosso curso pela Internet sobre a nova lei de tóxicos: cf. www.ief.com.br —,

³ DAMÁSIO E. DE JESUS, em seu artigo intitulado: “Nova Lei Antitóxicos (Lei 10.409/02) – Mais confusão Legislativa”, disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, expôs entender que a Lei entrou em vigor em 27 de fevereiro de 2002. Do mesmo entendimento comunga RENATO DE OLIVEIRA FURTADO, conforme escreveu em seu artigo: “Nova Lei de Tóxicos – anotações ao art. 38 e parágrafos”, disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, 22.02.2002. JORGE VICENTE SILVA comunga do mesmo pensamento nosso, conforme anotou em sua obra: *Tóxicos*, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 13.

⁴ RENATO MARCÃO. “Anotações pontuais sobre a Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos) – Procedimento e Instrução criminal”; RT 797/493; RENATO MARCÃO. “Legislação Antitóxicos - Novos problemas iminentes (Projeto de Lei 6.108/2002, que altera a Lei 10.409/2002)”, www.ibccrim.org.br, 03.05.2002; <http://www.mp.sp.gov.br>; <http://www.direitopenal.adv.br>; www1.jus.com.br; www.mundojuridico.adv.br; www.juridica.com.br; www.saraivajur.com.br; <http://www.direitonet.com.br>.

⁵ “Nova Lei de Tóxicos – anotações ao art. 38 e parágrafos”, *Revista Jurídica* 295, maio/2002, p. 85.

⁶ “Nova Lei de Tóxicos (10.409/02): nulidade do processo por inobservância da defesa preliminar”; <http://www.iusnet.com.br/webs/ief/temas/Novalei10409-02.cfm> e <http://www.direitopenal.adv.br>, *Revista* nº 28.

parece muito claro que o novo procedimento tem que ser observado em todos os seus termos, sob pena de nulidade total do processo (por inobservância do devido processo legal)”.

Em 10 de setembro de 2002, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também concedeu *habeas corpus*⁷ em processo por crime de tráfico que tramitava na comarca de Santa Isabel, anulando o processo a partir da citação e determinando sua renovação com a adoção do rito dos arts. 38 a 41 da Lei nº 10.409/2002, relaxando a prisão em flagrante por excesso de prazo no término da instrução.

Desde então, outras tantas decisões se seguiram, em vários tribunais,⁸ reconhecendo nulidade absoluta em razão da não-aplicação do procedimento “novo”; contudo, sempre persistiu, e ainda persiste, certa resistência, por parte de alguns aplicadores da lei, quanto à inafastável necessidade de se aplicar o procedimento judicial previsto na Lei nº 10.409/2002.

3. A recente decisão do STJ

Julgando o RHC nº 15053-SP, de que foi relator o min. PAULO MEDINA, no dia 11 de outubro de 2005, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso, concedendo *habeas corpus* a condenado por tráfico de entorpecentes, determinando a anulação do processo em razão de não ter sido aplicado o procedimento da Lei nº 10.409/2002.

Segundo o entendimento exposto, e que coincide com aquele que sempre defendemos, a omissão gera nulidade absoluta do processo em razão de manifesto cerceamento de defesa, notadamente em razão da supressão da possibilidade de resposta escrita prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/2002.

É bem verdade que, no julgamento em testilha, o *habeas corpus* foi concedido em parte, tão-somente para anular o processo desde o início, determinando-se que o réu permaneça preso. Entretanto, uma melhor reflexão, talvez em outro *habeas corpus*, por certo identificará excesso de prazo na formação da culpa, não atribuível à defesa, e, por conseqüência, encontrará justificada a possibilidade de se aguardar o julgamento em liberdade.

4. Considerações finais

O alerta que fizemos no passado recente, ignorado por alguns, agora evidencia o resultado que tentamos evitar. Bem por isso o reiteramos, agora, pedindo vênha para transcrevê-lo:

“Se adotado o procedimento da Nova Lei, e não encontramos razão para não adotá-lo, eventual posicionamento da Superior Instância no sentido de sua inaplicabilidade não acarretará qualquer nulidade, visto tratar-se de procedimento mais benéfico, que amplia as chances de defesa, notadamente em razão da possibilidade de resposta escrita e dilação probatória antecedentes

⁷ *Habeas corpus* nº 390.665.3/6, rel. des. HÉLIO DE FREITAS.

⁸ Nesse sentido: cf., RENATO MARCÃO, *Tóxicos – Leis 6.368/1976 e 10.409/2002 Anotadas e Interpretadas*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

ao recebimento da inicial acusatória, para o efeito de apurar elementos para o acolhimento desta ou não.

Por outro lado, a não-adoção do procedimento introduzido com a Lei nº 10.409/2002 sujeita o processo e a Justiça Criminal aos transtornos decorrentes do reconhecimento de nulidade por violação da ampla defesa e quebra do procedimento, podendo acarretar a soltura de traficantes que não merecem **ganhar** a liberdade. Como se vê, ainda que se pense não ser aplicável o procedimento novo, a prudência recomenda a sua adoção em benefício da estabilidade das decisões do Poder Judiciário, e em prol da sociedade, que já não suporta a convivência com os 'senhores do Tráfico', e nem entenderá a soltura desses em razão de questiúnculas técnico-jurídicas.

Respeitado o Douto entendimento em sentido contrário ao que defendemos desde sempre, estamos convictos de que é **melhor não correr o risco** a que se têm exposto os processos envolvendo crimes relacionados com a Lei Antitóxicos".⁹

Mais não é preciso dizer.

⁹ RENATO MARCÃO, "Nova Lei de Tóxicos: Tribunais anulam processos em razão da não-observância do procedimento novo", *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 48, 2002, p. 303; *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, nº 89, ano XXX, março de 2003, p. 323 – ISSN 1679-1363.