

29/04/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 93.581-8 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CELSO DE MELLO
PACIENTE(S)	: ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS
IMPETRANTE(S)	: JOÃO CARLOS PEREIRA FILHO
COATOR(A/S)(ES)	: RELATORA DO HC Nº 97462 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de "*habeas corpus*" **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministra de Tribunal Superior da União, que, **com fundamento** no enunciado da Súmula 691/STF, **negou**, liminarmente, **seguimento** a outra **ação** de "*habeas corpus*" **que havia sido ajuizada** perante o E. Superior Tribunal de Justiça (HC 97.462/SP).

O ora impetrante **questiona** a validade formal do procedimento penal instaurado **contra** o paciente, **eis que descumprida**, pelo magistrado processante, a norma inscrita **no art. 38** da (**revogada**) Lei nº 10.409/2002, **que instituía**, em favor do denunciado, **o direito ao contraditório prévio**, quando se tratasse - **como ocorre na espécie** - de acusação penal formulada **por suposto** cometimento do crime tipificado **no art. 12** da (**também revogada**) Lei nº 6.368/76.

Ao analisar a pretensão cautelar deduzida na presente sede, a eminente Ministra ELLEN GRACIE, **no período** de férias forenses, **indeferiu** o pedido de medida liminar deduzido pelo ora impetrante (fls. 101).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, assim resumiu e apreciou a presente impetração (fls. 113/114):

*"1. **Contra decisão** proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou a liminar em habeas corpus, o impetrante ingressou com writ junto ao Superior Tribunal de Justiça, HC nº 97.462-SP, tendo a Ministra Laurita Vaz, Relatora, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/90, art. 34, XVIII, e art. 210 do RISTJ, indeferido liminarmente o 'habeas corpus'. Assim, sucessivamente, vem a essa Suprema Corte.*

*2. **A liminar foi indeferida** nessa Corte Suprema (fl. 101).*

*3. **Entendo** que a presente ordem **não comporta** conhecimento, eis que o Superior Tribunal de Justiça indeferiu o habeas corpus por inexistir ilegalidade flagrante capaz de suplantar o enunciado da Súmula 691/STF, que veda a impetração de 'habeas corpus' contra o indeferimento de medida liminar em outro 'writ', sob pena de supressão de instância.*

*4. **Além disso**, tratando-se de sucessivos 'habeas corpus' impetrados contra negativas de liminares, o conhecimento da presente ordem implicaria em dupla supressão de instância: 'Aplicação da súmula 691. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' contra decisão do Relator que, em 'habeas corpus' requerido a tribunal superior, indefere, com legalidade aparente, a liminar, sobretudo*

quando o conhecimento implicaria dupla supressão de instância'. (HC-AgR nº 86.552/PA, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17.2.2006).

5. Isso posto, *opino* pelo não conhecimento."
(grifei)

Reconsiderarei a decisão de fls. 101 **e deferir** o pedido de medida cautelar, **em ordem** a suspender, até final julgamento do presente "*writ*", **a tramitação do Processo-crime** nº 157.01.2006.001316-0, **por entender que** a decisão impugnada **divergia** da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** a propósito da aplicabilidade **do art. 38** da (hoje **também** revogada) Lei nº 10.409/2002.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Como anteriormente ressaltado, o ora impetrante questiona a validade formal do procedimento penal instaurado contra o paciente, eis que descumprida, pelo magistrado processante, a norma inscrita no art. 38 da (revogada) Lei nº 10.409/2002, que instituía, em favor do denunciado, o direito ao contraditório prévio, quando se tratasse - como ocorre na espécie - de acusação penal formulada por suposto cometimento do crime tipificado no art. 12 da (também revogada) Lei nº 6.368/76.

Não constitui demasia enfatizar, neste ponto, que a previsão desse contraditório prévio a que se referia o art. 38 da (revogada) Lei nº 10.409/2002, mais do que simples exigência legal, traduzia indisponível garantia de índole jurídico-constitucional assegurada aos denunciados por suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 6.368/76, de tal modo que, em relação a tais acusados, a observância desse rito procedimental configurava instrumento de clara limitação ao poder persecutório do Estado, ainda mais se se considerar que, nessa resposta prévia - que compunha fase processual insuprimível -, tornava-se lícita a formulação, nela, de todas as razões, de fato ou

de direito, inclusive aquelas pertinentes ao mérito da causa, reputadas essenciais ao pleno exercício da defesa pelo acusado, como assinala, com absoluta correção, o magistério da doutrina (JORGE VICENTE SILVA, "Tóxicos", p. 101/102, item n. 4.2.2.3, 2002, Juruá; ALEXANDRE BIZZOTTO e ANDREIA DE BRITO RODRIGUES, "Tóxicos: Aspectos Processuais (Lei 10.409/11.01.2002)", p. 86/88, item n. 6, 2ª ed., 2002, AB Editora; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Lei Antitóxicos Anotada", p. 155, 8ª ed., 2005, Saraiva; RENATO FLÁVIO MARCÃO, "Anotações Pontuais sobre a Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos) - Procedimento e Instrução Criminal", "in" RT 797/492-505, 498, v.g.).

É sempre importante rememorar, presente o contexto ora em análise, que a exigência de fiel observância das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das persecuções penais, uma inestimável garantia de liberdade, pois não se pode desconhecer, considerada a própria jurisprudência desta Suprema Corte, que o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda das liberdades individuais do réu, contra quem não se presume provada qualquer acusação penal:

"A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão

punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do '**jus libertatis**' titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal **juridicamente vinculada**, por padrões normativos, que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear** um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - **que jamais se presume culpado**, até que sobrevenha **irrecorrível sentença condenatória** -, o processo penal revela-se instrumento que **inibe** a opressão judicial e que, **condicionado por parâmetros ético-jurídicos**, impõe, ao órgão acusador, o **ônus integral** da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, **que jamais necessita demonstrar a sua inocência**, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, **sob a égide** do contraditório, **todos os elementos probatórios** produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula '**nulla poena sine judicio**' exprime, no plano do processo penal condenatório, **a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.**"

(**RTJ 161/264-266**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia enfatizar que, nesse contexto, **a estrita observância** da forma processual **representa** garantia plena de liberdade e de respeito aos direitos e prerrogativas que o ordenamento positivo **confere a qualquer** pessoa sob persecução penal.

Daí porque esta Suprema Corte, no julgamento do RHC 86.680/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, advertiu que a inobservância do rito procedimental **previsto** na (revogada) Lei nº 10.409/2002 **configurava** típica hipótese de nulidade processual absoluta, **sendo-lhe** **ínsita** a própria idéia de prejuízo, **eis que o não-cumprimento** do que determinava, então, **o art. 38** do diploma legislativo em causa **comprometia** o concreto exercício, pelo denunciado, **da garantia constitucional** da plenitude de defesa.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, apreciando essa mesma questão, deferiu ordem de “*habeas corpus*” em caso rigorosamente idêntico ao que se examina na presente sede processual, e no qual proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“(....) II - Defesa - Entorpecentes - Nulidade por falta de oportunidade para a defesa preliminar prevista no art. 38 da L. 10.409/02: demonstração de prejuízo: prova impossível (HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926; HC 85.443, 1ª T., 19.4.05, Pertence, DJ 13.5.05).

Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida.” (HC 84.835/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma - grifei)

Vale registrar, por relevante, que, em julgamento emanado da colenda Segunda Turma desta Corte, esse entendimento veio a ser reafirmado, com o conseqüente reconhecimento da nulidade absoluta do procedimento penal, por inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/2002, em decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

"AÇÃO PENAL. Processo. Tráfico de entorpecentes. Procedimento especial. Interrogatório prévio ao juízo de recebimento da denúncia. Ato não realizado. Realização apenas na audiência de instrução e julgamento. Condenação dos réus. Prejuízo presumido. Nulidade processual. Processo anulado desde a denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim. Precedentes. Inteligência dos arts. 38, 'caput', e 41, 'caput', da Lei nº 10.409/2002. A inobservância do rito previsto no art. 38, 'caput', da Lei nº 10.409/2002, que exige o interrogatório prévio do denunciado por crime de tráfico de entorpecentes, implica nulidade do processo, sobretudo quando tenha sido condenado o réu. (HC 88.836/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO - grifei)

É oportuno registrar, neste ponto, como observa GUILHERME DE SOUZA NUCCI ("Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", p. 814, item n. 211, 2006, RT), que essa fase ritual de contraditório prévio, não obstante revogado o diploma legislativo que a previa, foi mantida na novíssima Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55).

Cabe observar que esta colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento (HC 90.226/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), reafirmou essa orientação e determinou a imediata colocação em liberdade do réu, **considerada** a nulidade radical do processo penal em questão, **por inobservância** da fase (**insuprimível**) do contraditório prévio **instituída** pela lei.

Sendo assim, pelas razões expostas, defiro o presente pedido de "*habeas corpus*", para invalidar, desde o recebimento da denúncia, inclusive, o procedimento penal **instaurado** contra o paciente (**Processo** nº 157.01.2006.001316-0 - 1ª Vara Judicial da comarca de Cubatão/SP).

É o meu voto.