

# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

## NOVA LEI DE TÓXICOS: TRIBUNAIS ANULAM PROCESSOS EM RAZÃO DA NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO NOVO

**Renato Flávio Marcão**

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.  
Mestre em Direito Penal. Especialista em Direito Constitucional.  
Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal.

Sumário: 1. Abordagem do tema; 2. Primeiros acórdãos; 3. Conclusão.

### 1. ABORDAGEM DO TEMA

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

---

<sup>1</sup> “*Novas considerações sobre o procedimento e a instrução criminal na Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos)*”, in, Revista Meio Jurídico, ano V, nº 52, junho de 2002, págs. 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.mp.sp.gov.br/Caocriminal.htm>; <http://www.direitopenal.adv.br>; <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2912>; <http://www.bpdire.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/doutrina/artigos/x/66/66/666/>; <http://www.ibccrim.org.br>; <http://www.saraivajur.com.br/index.cfm?biblioteca/doutrina/doutrina.cfm?doutrina=243>; <http://www.faroljuridico.com.br>;

Alguns doutrinadores se posicionaram em sentido contrário<sup>2</sup>, 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 6.368/76, continua em vigor o procedimento previsto no mesmo diploma legal, tendo em vista a inaplicabilidade do procedimento da Lei 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 anotou-se que a Lei 10.409/2002 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2002, entendimento com o qual não concordamos, por concluirmos que a mesma entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2002<sup>3</sup>, conforme já expusemos em outras ocasiões.<sup>4</sup>

## 2. PRIMEIROS ACÓRDÃOS

Julgando o *habeas corpus* nº 206.389-4, de que foi Relator o Excelentíssimo Dr. LAURO AUGUSTO FABRÍCIO DE MELO, em 05 de setembro de 2002, o Tribunal de Alçada do Paraná decidiu, por votação

<sup>2</sup> *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>

<sup>3</sup> 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](http://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.

<sup>4</sup> MARCÃO, Renato Flávio. Anotações pontuais sobre a Lei 10.409/2002 (Nova Lei Antitóxicos) – Procedimento e Instrução criminal; RT 797/493; MARCÃO, Renato Flávio. Legislação Antitóxicos – Novos problemas iminentes (Projeto de Lei 6.108/2002, que altera a Lei 10.409/2002), [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 03.05.2002; <http://www.mp.sp.gov.br/Caocriminal.htm>; [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br); [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3136](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3136); [www.mundojuridico.adv.br/penal.html](http://www.mundojuridico.adv.br/penal.html); [www.juridica.com.br](http://www.juridica.com.br); [www.saraivajur.com.br/index.cfm?biblioteca/doutrina/doutrina.cfm?doutrina=246](http://www.saraivajur.com.br/index.cfm?biblioteca/doutrina/doutrina.cfm?doutrina=246); <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/75/99/759/>.

unânime, que: “A inobservância da regra prevista no art. 38, da Lei 10.409/2002, que alterou disposições da Lei 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 FURTADO<sup>5</sup> 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 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)”.<sup>6</sup>

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 10.409/02 foram vetados pelo Presidente da República? Apesar disso, como não existe a menor dúvida sobre a quais crimes refere-se o art. 27 da Lei 10.409/02 (é evidente, óbvio e ululante que esse dispositivo legal diz respeito aos crimes previstos na Lei 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](http://www.ief.com.br) –, 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)”.

<sup>5</sup> Nova Lei de Tóxicos – anotações ao art. 38 e parágrafos, Revista Jurídica 295 – maio/2002, pág. 85.

<sup>6</sup> 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.

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

Referido acórdão está a demonstrar o entendimento do mais elevado Tribunal Paulista, e é o que deve prevalecer.

### 3. CONCLUSÃO

A lei posterior revoga a anterior quando regula de forma diversa a matéria de que tratava a lei anterior, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC.

Nos precisos termos do art. 6º da LICC, a lei em vigor terá efeito imediato e geral.

O art. 2º do Código de Processo Penal estabelece que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A Lei 10.409/2002 está em vigor e não padece de inconstitucionalidade. É de rigor, portanto, a aplicação do procedimento relativo a *instrução criminal* nela previsto, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública.

A supressão da oportunidade outorgada legalmente à defesa para a apresentação da resposta escrita, precedente ao recebimento da denúncia, fulmina o procedimento de nulidade, conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 564, inc. IV, do Código de Processo Penal. Não observadas as regras, o remédio jurídico é o *habeas corpus*.

Se adotado o procedimento da Nova Lei, e não encontramos razão para não adotá-lo<sup>8</sup>, eventual posicionamento da Superior

<sup>7</sup> Habeas corpus nº 390.665.3/6, rel. Des. Hélio de Freitas.

<sup>8</sup> Também é o posicionamento adotado pelos Magistrados Flávio Artacho, Jorge Luiz Abdalla Buassi, Ronaldo Guaranha Merigui, Zurich Oliva Costa Neto e João Alexandre Sanches Batagelo, entre outros, conforme temos observado em seus julgados, e por vários Promotores de Justiça no Estado de São Paulo, como é o caso do Insigne Dr. José Heitor dos Santos.

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 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 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 destes em razão de questiúnculas técnico-jurídicas.

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