



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2010330 - MT (2022/0197005-8)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : LUIZ HUMBERTO MARQUES
ADVOGADO : JANAÍNA CORDEIRO CAMPOS RIBEIRO DE FREITAS - GO023979
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. NULIDADE DE ALGIBEIRA. DOSIMETRIA. NÃO VERIFICADO O PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO.

1. Suscita a defesa violação do contraditório e da ampla defesa, pois, após a renúncia do advogado constituído aos poderes de representação, não foi o acusado intimado, nem pessoalmente, nem por edital, para nomear novo patrono de sua confiança.

2. No caso, a nulidade foi arguida pela defesa tão somente após o trânsito em julgado da condenação, na via revisional, revelando-se, portanto, preclusa, porquanto não suscitada na primeira oportunidade, além de configurar a vedada "nulidade de algibeira, em que, após o esgotamento do trâmite processual, a defesa passa a arguir eventual ilegalidade como estratégia processual, em violação à boa-fé processual. Tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, que exige lealdade de todos os agentes processuais" (AgRg no HC n. 810.446/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023).

3. Quanto à dosimetria da pena, ainda que o agravante tenha sustentado a ocorrência do prequestionamento, verifica-se que tal não houve, considerando que, no pedido revisional, os pleitos apreciados limitaram-se à incidência da minorante do tráfico privilegiado e ao afastamento da agravante da reincidência, sob a alegação de ocorrência de indevido *bis in idem*; enquanto que, no apelo nobre, o pedido aventado foi para "reduzir o aumento desarrazoado e desmotivado previsto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como, alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto".

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 11 de março de 2024.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2010330 - MT (2022/0197005-8)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)
AGRAVANTE : LUIZ HUMBERTO MARQUES
ADVOGADO : JANAÍNA CORDEIRO CAMPOS RIBEIRO DE FREITAS - GO023979
AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. NULIDADE DE ALGIBEIRA. DOSIMETRIA. NÃO VERIFICADO O PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO.

1. Suscita a defesa violação do contraditório e da ampla defesa, pois, após a renúncia do advogado constituído aos poderes de representação, não foi o acusado intimado, nem pessoalmente, nem por edital, para nomear novo patrono de sua confiança.

2. No caso, a nulidade foi arguida pela defesa tão somente após o trânsito em julgado da condenação, na via revisional, revelando-se, portanto, preclusa, porquanto não suscitada na primeira oportunidade, além de configurar a vedada "nulidade de algibeira, em que, após o esgotamento do trâmite processual, a defesa passa a arguir eventual ilegalidade como estratégia processual, em violação à boa-fé processual. Tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, que exige lealdade de todos os agentes processuais" (AgRg no HC n. 810.446/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023).

3. Quanto à dosimetria da pena, ainda que o agravante tenha sustentado a ocorrência do prequestionamento, verifica-se que tal não houve, considerando que, no pedido revisional, os pleitos apreciados limitaram-se à incidência da minorante do tráfico privilegiado e ao afastamento da agravante da reincidência, sob a alegação de ocorrência de indevido *bis in idem*; enquanto que, no apelo nobre, o pedido aventado foi para "reduzir o aumento desarrazoado e desmotivado previsto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como, alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto".

4. Agravo regimental improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 475-478, em que não se conheceu do recurso especial defensivo, com fundamento nas Súmulas n. 83 e 211/STJ e 282 e 356/STF.

Alega o agravante que "não há informação nos autos de que o ato de comunicação processual realizado por meirinho se efetivou. O meirinho manteve contato com uma pessoa que diz ser amiga do agravante. Portanto, o ato processual não foi absolutamente efetivado" (fls. 485). Sustenta que "Não há que aplicar ao processo penal a intimação ficta e subtrair do réu garantias processuais. Se não foi encontrado, se houve intimação ficta, é possível a analogia *in bonam partem* para que o agravante pudesse ser intimado por edital como medida antecessora à remessa dos autos à Defensoria Pública. E não há necessidade de provar prejuízo por ser presumido" (fls. 486).

Defende que "A questão que se coloca [...] não é a comprovação de prejuízo do agravante, mas a obrigatoriedade de oportunizar a intimação efetiva, ainda que por edital e, só, após, caso ocorra inércia, a nomeação de defensor público" (fls. 486).

Em relação à dosimetria da pena, aponta "equivocidade na r. decisão agravada, haja vista que conforme se verifica na ação autônoma de impugnação, as matérias foram exaustivamente debatidas e prequestionadas, tanto que o recurso especial foi admitido" (fls. 487-488).

O Ministério Público Federal apresentou impugnação às fls. 502-507.

Requer seja reconsiderada a decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para a apreciação da Turma competente.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada foi assim proferida (fls. 475-478):

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que julgou improcedente o pleito de revisão criminal.

Alega a defesa violação ao art. 263 do CPP, art. 61, I, CP e arts. 33, § 4º e 42 da Lei 11.343/2006. Afirma que é "patente o constrangimento ilegal no caso dos autos decorrente da remessa direta do feito à Defensoria Pública diante da renúncia dos advogados constituídos pelo recorrente, sem sua prévia intimação para que, querendo, indicasse outro causídico de sua confiança" (fl. 439). Argumenta que "o magistrado singular utilizou a agravante da reincidência para afastar a aplicação do redutor penal especial (artigo 33, § 4º

da Lei de Drogas) e para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena, além do aumento desarrazoado de dois anos, na análise das circunstâncias preponderantes prevista no artigo 42" (fl. 440).

Requer a "anulação do processo a partir da expedição do mandado de intimação para a constituição de defensor público" ou, subsidiariamente, "a readequação da dosimetria da pena, para reduzir o aumento desarrazoado e desmotivado previsto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como, alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto" (fl. 446).

Contra-arrazoado e admitido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial.

O recorrente foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, a 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime fechado, e 700 dias-multa.

Interposta a apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento. A condenação transitou em julgado. Manejada revisão criminal, o pleito foi julgado improcedente pelos seguintes fundamentos (fls. 375-380):

Sem razão, no entanto, o requerente, porquanto se verifica destes autos, que o requerente constituiu advogados para patrocinar sua defesa, conforme se infere do instrumento procuratório constante no ID 78278495 - p. 58, cujos patronos apresentaram a defesa preliminar e o representaram até a fase de instrução processual. Contudo, após ele ser intimado para apresentar as alegações finais, os advogados João Ribeiro de Freitas Filho e Janaína Cordeiro Campos Ribeiro de Freitas renunciaram aos poderes que lhe foram outorgados (ID 78278497 - p. 64), razão pela qual o juiz presidente do feito determinou a intimação do revisionando para constituir novo advogado, comando judicial que foi cumprido, consoante se observa da certidão encartada no ID 78278499 - p. 3.

Nota-se da leitura da certidão acima mencionada que em diligência ao endereço indicado, o oficial de justiça certificou que foi recebido pela moradora do local, senhora Rose Gonçalves Neto, a qual afirmou que o requerente se encontrava em tratamento médico na cidade de Goiânia/GO e "prontificou-se em comunicá-lo da necessidade de constituir advogado" (ID 78278499 – p. 3).

No entanto, passados mais de dois meses, diante da inércia do revisionando, o magistrado determinou o encaminhamento dos autos à Defensoria Pública Estadual, tendo que apresentou as alegações finais que se encontram no ID 78278499 (p. 5/8) e, posteriormente, interpôs recurso de apelação contra a sentença condenatória (ID 78278499 – p. 29/34).

Logo, não se constata a ocorrência do alegado cerceamento de defesa, uma vez que foi dada oportunidade ao requerente de constituir novo advogado de sua confiança, tendo permanecido inerte, motivo pelo qual lhe foi nomeado defensor público pelo juízo da instância singela, o qual apresentou atempadamente as peças processuais pertinentes, inclusive, na fase recursal, não sendo demais ressaltar, que em nenhuma dessas ocasiões foi suscitada qualquer irregularidade por parte da defesa.

Além disso, o requerente não demonstrou qualquer prejuízo que tenha sofrido em seu processo com a nomeação da Defensoria Pública para assisti-lo em sua defesa, cumprindo salientar, outrossim, que a simples alegação de que o feito está contaminado por nulidade absoluta não é suficiente, por si só, a ensejar sua anulação, uma vez que o art. 563 do Código de Processo Penal, como expressão normativa da máxima *pas de nullité sans grief*, estabelece de forma clara e insofismável que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ademais, a deficiência na defesa técnica do acusado é causa de nulidade relativa e, como tal, deve ser devidamente demonstrada, com a indicação

objetiva do prejuízo para a defesa do requerente, segundo preceitua a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Reafirmando a ideia de que não podem ser declarados nulos os atos processuais pelos quais não se tenha causado prejuízo, influenciado na decisão da causa ou na apuração da verdade real, o art. 566 do Código de Processo Penal expõe que: Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

[...]

Sendo assim, considerando que não ficou demonstrado eventual prejuízo acarretado a Luiz Humberto Marques, não há que se falar em de nulidade do feito originário.

Por outro viés, no que tange ao pedido de revisão da dosimetria da pena imposta ao requerente na sentença reprochada, a fim de que lhe seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, verifica-se que essa pretensão, igualmente, não merece acolhimento, porquanto agiu com acerto o magistrado ao deixar de aplicar a referida minorante, uma vez que ele era reincidente, conforme se depreende da folha de antecedentes que se vê no ID 78278494 - p. 64. E, como é sabido, a reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena acima referida, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário.

Deveras, para fazer jus ao benefício da referida causa redutora de pena, o apenado deve preencher concomitantemente os requisitos previstos no citado dispositivo legal, quais sejam: ser primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização com essa finalidade. Contudo, na espécie, verifica-se que o requerente não atende todos esses requisitos, especialmente, no que concerne à primariedade, visto que, conforme foi consignado acima, ele possuía, à época da sentença, condenação transitada em julgado pelo crime de tráfico.

Acerca da nulidade suscitada, segundo a jurisprudência desta Corte, "renunciando o advogado constituído aos poderes de representação, deve-se, antes de nomear a Defensoria Pública, intimar o réu para que nomeie novo patrono de sua confiança, sob pena de nulidade, por cerceamento de defesa" (HC n. 502.433/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2020, DJe de 14/2/2020).

No caso, observando o art. 263 do CPP, o Juízo a quo determinou a intimação pessoal do réu, tendo o oficial de justiça certificado que a coabitante da residência do ora recorrente se prontificou a informá-lo da intimação para constituir novo causídico, a despeito do que, manteve-se inerte e, após o que, foi-lhe nomeado defensor público, que atuou no processo, tempestivamente, oferecendo alegações finais e, posteriormente, recurso de apelação.

Não pode, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, em momento totalmente extemporâneo, porquanto já operada a preclusão, o réu beneficiar-se de nulidade a que deu causa, por inércia, nos termos do art. 565 do CPP, e da qual, nos termos do art. 563 do referido código, não emanou qualquer prejuízo objetivamente demonstrado, tendo em vista que ocorreu a defesa técnica regularmente exercida por defensor público.

Entende esta Corte que, "em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal" (AgRg no HC 527.449/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 5/9/2019). Nesse sentido: AgRg na RvCr n. 5.770/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 15/8/2022.

Entende-se ainda que "não pode arguir nulidade a parte que lhe tenha dado causa ou que para ela tenha concorrido, conforme ocorrido na espécie. Inteligência do art. 565 do CPP"

(AgRg no RHC n. 88.547/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 22/6/2021).

Ademais, "O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief)" (AgRg no HC n. 727.803/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022).

O entendimento firmado no acórdão, ao afastar a causa redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, pois, dentre outros requisitos, é necessária a primariedade do agente"(AgRg no HC n. 510.192/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 2/8/2019).

Incide, assim, a Súmula 83 do STJ, segundo a qual não se conhece do recurso especial, quando a orientação do Tribunal firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida.

Os pedidos de redução da pena-base, aumentada com fulcro no art. 42 da Lei 11.343/2006, e de abrandamento do regime prisional não foram debatidos pelo Tribunal de origem no pleito revisional, tampouco os embargos de declaração opostos objetivaram sanar a referida omissão, carecendo as matérias do indispensável prequestionamento, a incidirem, no caso, as Súmulas 282, 356/STF, aplicadas por analogia, e Súmula 211/STJ.

De outro prisma, também afastada a hipótese excepcional de concessão de habeas corpus de ofício, pois a apreensão de cerca de 862g de maconha e 32kg de cocaína, circunstância sopesada para elevar a pena-base (fl. 305), somada à reincidência, inviabiliza a redução da pena-base, proporcionalmente aumentada em 2/5 (2 anos), e o abrandamento do regime prisional. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.687.550/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe de 1/6/2018.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

Suscita a defesa violação do contraditório e da ampla defesa, pois, após a renúncia do advogado constituído aos poderes de representação, não foi o acusado intimado, nem pessoalmente, nem por edital, para nomear novo patrono de sua confiança, configurando-se nulidade por cerceamento de defesa.

No caso, a suscitada nulidade foi arguida pela defesa tão somente após o trânsito em julgado da condenação, revelando-se, portanto, preclusa, porquanto não aventada na primeira oportunidade. Sobre o tema, esta Corte já se manifestou por diversas vezes da seguinte forma:

Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, **a nulidade, mesmo a absoluta, deve ser arguida na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.** Nesse contexto, a nulidade apenas foi apontada neste writ, após o decurso do prazo para recorrer do julgamento que foi desfavorável a defesa, o que, na hipótese, configura **nulidade de algibeira** e comportamento contraditório, ambos rechaçados por esta Corte. (HC n. 722.720/PI, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 9/11/2023.)

Situação configuradora de nulidade de algibeira, em que, após o esgotamento do trâmite processual, a defesa passa a arguir eventual ilegalidade como estratégia processual, em violação à boa-fé processual. Tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, que exige lealdade de todos os agentes processuais. (AgRg no

Quanto à dosimetria da pena, trago, como razões de decidir, os bem lançados fundamentos constantes da impugnação ao agravo regimental (fl. 506):

Por fim, quanto à dosimetria da pena, ainda que o agravante tenha sustentado a ocorrência do prequestionamento, verifica-se que tal não houve, de fato, considerando que **foi apreciado, no pedido revisional, o pleito revisional de incidência da minorante do tráfico privilegiado ou afastamento da agravante da reincidência, sob a alegação de ocorrência de indevido bis in idem (e-STJ fls. 379/380 e 416/418); enquanto que, no apelo nobre, o pedido aventado foi para "reduzir o aumento desarrazoado e desmotivado previsto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como, alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto."** (e-STJ fls. 446).

Inviável, assim, o conhecimento do pedido de redução da pena-base, assim como do pedido de abrandamento do regime prisional, por ausência de prequestionamento, anotando-se, quanto ao ponto, que, diligentemente, constou da decisão agravada a impossibilidade de “concessão de habeas corpus de ofício, pois a apreensão de cerca de 862g de maconha e 32kg de cocaína, circunstância sopesada para elevar a pena-base (fl. 305), somada à reincidência, inviabiliza a redução da pena-base, proporcionalmente aumentada em 2/5 (2 anos), e o abrandamento do regime prisional.” (e-STJ fls. 478).

Assim, nenhuma censura merece o decisório agravado, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no REsp 2.010.330 / MT

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0197005-8

Número de Origem:

10035021520218110000

Sessão Virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ HUMBERTO MARQUES

ADVOGADO : JANAÍNA CORDEIRO CAMPOS RIBEIRO DE FREITAS - GO023979

RECORRIDO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -
CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE
DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ HUMBERTO MARQUES

ADVOGADO : JANAÍNA CORDEIRO CAMPOS RIBEIRO DE FREITAS - GO023979

AGRAVADO : MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 12 de março de 2024

