



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.010 - MS (2012/0020458-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : JOSÉ CARLOS FERNANDES
ADVOGADO : ALCIDES NEY JOSÉ GOMES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*.
PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 38 DA
LEI N. 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE
DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EFETIVO À DEFESA DO PACIENTE.
AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO OPORTUNA DO RÉU PARA OFERECER
DEFESA PRÉVIA. AGRAVO DESPROVIDO.

– A inobservância do rito previsto na Lei 10.409/2002, no que se
refere ao prévio interrogatório do acusado, bem como à intimação para
oferecimento de defesa preliminar, consiste em nulidade relativa, sendo
necessária, para seu reconhecimento, a alegação em momento oportuno e a
demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,
acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos
votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo
regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos
Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 11 de junho de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.010 - MS (2012/0020458-7)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
AGRAVANTE : **JOSÉ CARLOS FERNANDES**
ADVOGADO : **ALCIDES NEY JOSÉ GOMES**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Ministro Gilson Dipp que negou provimento ao recurso, ao entendimento de que a não aplicação do art. 38 na Lei 10.409/2002 implica em nulidade relativa.

Alega o agravante que "*a INOBERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI N. 10.409/02, implica em nulidade absoluta*", sustentando, em síntese, que "*o fato de a nulidade somente ter sido arguida após o desfecho do processo não inviabiliza a apreciação do pedido, pois as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação*" (fl. 185).

Requer o provimento do agravo regimental.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 32.010 - MS (2012/0020458-7)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de desconstituir o *decisum* impugnado.

No que se refere à alegada nulidade do processo a partir do recebimento da denúncia, ao argumento de que não foi oportunizada a defesa prévia e que houve prejuízo e comprometimento do direito ao contraditório e à ampla defesa, razão não assiste ao ora agravante.

Isso porque, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a inobservância do rito previsto na Lei 10.409/2002, no que se refere ao prévio interrogatório do acusado, bem como à intimação para oferecimento de defesa preliminar, consiste em nulidade relativa, sendo necessária para seu reconhecimento, a alegação em momento oportuno e a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso, como bem ressaltado pelo d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 168-172.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI N. 10.409/2002. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EFETIVO À DEFESA DO PACIENTE. OPORTUNIDADE AO RÉU PARA OFERECER CONTRADITÓRIO. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CURADOR NOMEADO A RÉU MENOR DE 21 ANOS. NULIDADE RELATIVA. ACUSADO ASSISTIDO, NO ATO PROCESSUAL, POR DEFENSOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO. MUTATIO LIBELLI. SÚMULA 83/STJ.

1. O prejuízo decorrente da inobservância do rito previsto na Lei n. 10.409/2002, bem como da ausência de abertura de prazo para o oferecimento da resposta preliminar mencionado no art. 38 da referida lei, deve ser demonstrado pela defesa, o que não ocorreu.

2. No caso, ausente prejuízo ao agravante, que, no interrogatório, foi devidamente assistido por defensor constituído, o qual também subscreve a presente insurgência recursal.

3. O acórdão a quo não violou o disposto no art. 384, caput,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parágrafo único, do Código de Processo Penal, pois o agravante foi denunciado nos termos dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, em decorrência da constatação de tráfico ilícito de entorpecentes, além de associação para o tráfico.

4. O agravante defende-se dos fatos alegados pela acusação no processo; in casu, inegável a narração de situações relacionadas à prática de crime de narcotráfico.

5. Ao se afastar a associação para o tráfico, permaneceu o delito de tráfico de drogas, com a imputação de definição jurídica diversa da adotada na denúncia originalmente, por meio de mutatio libelli. 6. Incidência da Súmula 83/STJ.

7. O recurso especial não pode ser conhecido sob o fundamento da alínea c, porquanto não houve o necessário cotejo analítico (arts. 541 do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ).

8. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

9. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 929.679/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 21.3.2012).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, constitui nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e comprovado o prejuízo.

2. No caso concreto, conforme reconhecido pelo Tribunal de origem, não houve prejuízo qualquer, pois foram imputadas à ré diversas condutas delituosas, sujeitas a procedimentos distintos, sendo adotado para todos os delitos o procedimento comum ordinário, mais amplo e que permite à parte o pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 54.919/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE, Sexta Turma, DJe 29.10.2012).

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 6.368/76. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 10.409/2002. FALTA DE DEFESA PRELIMINAR. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DA MEDIDA CAUTELAR DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AOS AUTOS PRINCIPAIS, BEM COMO TRANSCRIÇÃO DA GRAVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A douta maioria dos membros da Quinta Turma desta Corte, revendo a anterior posição, passou a entender que a inobservância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do rito procedimental traçado no art. 38 da Lei 10.409/2002 gera nulidade relativa que, para ser declarada, deve ser arguida no momento oportuno e com a demonstração de efetivo prejuízo. Precedentes.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para, mantida a condenação exarada nos autos do processo-crime n.º 050.04.004387-8, fixar a pena aplicada pela prática do delito descrito no art. 14, da Lei n.º 6.368/76 em 3 anos e 6 meses de reclusão e 58 dias-multa, no mínimo legal (HC 144.671/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21.11.2011).

Assim, em estrita observância ao princípio do *pas de nullité sans grief*, não havendo demonstração do prejuízo, não há falar em nulidade do referido processo. A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DO RITO DO ART. 38 DA LEI N.º 10.409/02. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.343/06. OBEDIÊNCIA AO PROCEDIMENTO TRAZIDO PELA NOVATIO LEGIS. CERCEAMENTO DE DEFESA, PELA FALTA DE REQUISIÇÃO DE INTÉRPRETE NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SAN GRIEF. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

1. O Paciente, estrangeiro, foi condenado, em primeira instância, à pena de 04 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 486 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 14/12/2006, quando trazia consigo 120 invólucros plásticos de cocaína, pesando um total de 163.139,06 gramas.

2. Com a superveniência do trânsito em julgado da condenação, resta prejudicada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa.

3. Não há como ser reconhecida a nulidade da instrução criminal, pela inobservância do art. 38 da Lei n.º 10.409/02, se o crime foi cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06 e observou o rito especial trazido pela novatio legis.

4. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal: "[n]enhum ato será declarado nulo, se dá nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."

5. Da acurada leitura dos autos, não se verifica qualquer prejuízo ao Paciente, em razão da nomeação da estagiária do juízo para exercer a função de intérprete no ato do interrogatório, uma vez que o Réu se limitou a negar a autoria delitiva. Assim, não há como ser reconhecida a alegada vicissitude após o trânsito em julgado da condenação.

6. A angusta via do habeas corpus não admite incursão na seara fático-probatória dos autos para o fim de rever elementos que digam respeito a autoria delitiva de crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Ordem parcialmente conhecida e, no restante, denegada.* (HC 130.485/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.2.2012).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0020458-7

AgRg no
RHC 32.010 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16942004 175193920048120001 20110278896 20110278896000100 363517920118120000

EM MESA

JULGADO: 11/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ CARLOS FERNANDES
ADVOGADO : ALCIDES NEY JOSÉ GOMES
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 : JOSÉ CARLOS FERNANDES
ADVOGADO : ALCIDES NEY JOSÉ GOMES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.