



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.595 - MG (2011/0007967-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **MARCOS FERREIRA LIMA**
ADVOGADO : **NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
PACIENTE : **MARCOS FERREIRA LIMA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI 10.409/02. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO. PRINCÍPIO DO EFEITO IMEDIATO. VALIDADE DO ATO. EIVA INOCORRENTE. AUSÊNCIA DE NOVA OITIVA DO ACUSADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. No âmbito do direito processual penal, quando se fala em aplicação da lei no tempo, vige o princípio do efeito imediato, representado pelo brocardo latino *tempus regit actum*, conforme previsão contida no artigo 2º do Código de Processo Penal.

2. A Lei nº 10.409/02 - vigente à época dos fatos -, ao regulamentar a instrução processual no rito especial em apreço, previa, em seu art. 38 e seguintes, um interrogatório do acusado em momento anterior ao recebimento da denúncia e uma nova oitiva deste durante a audiência de instrução e julgamento, antes da inquirição das testemunhas.

3. Apesar de as leis processuais aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, os atos realizados sob o império da legislação anterior devem ser respeitados, sendo, portanto, plenamente válido o interrogatório do paciente ocorrido antes do recebimento da denúncia, nos termos da Lei nº 10.409/02 e antes da vigência da Lei nº 11.343/06.

4. Não merece prosperar o argumento de que seria necessária uma nova oitiva do paciente na audiência de instrução e julgamento ocorrida após o recebimento da peça inaugural, pois além do prévio interrogatório ter sido realizado de acordo com a legislação vigente à época e aproveitado pelo Juízo Singular, a jurisprudência desta Corte de Justiça acerca da não realização de um segundo interrogatório, nos termos do art. 41 da Lei nº 10.409/02, concluiu que o vício seria relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão (Precedentes STJ).

5. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. IMPUTABILIDADE. PERÍCIA NÃO DETERMINADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS QUE JUSTIFICASSEM A SUA REALIZAÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. DISPENSABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Firmou-se na jurisprudência desta Corte o entendimento no sentido de que a mera alegação de que o acusado é usuário de substâncias entorpecentes, por si só, não justifica a realização do exame de dependência toxicológica, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação, circunstância não verificada nos autos.

DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL. RESGATE DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre a aventada desclassificação da conduta do paciente para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, a fixação de regime inicial menos gravoso para o cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que não foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.595 - MG (2011/0007967-1)

IMPETRANTE : MARCOS FERREIRA LIMA
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCOS FERREIRA LIMA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCOS FERREIRA LIMA indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal nº 1.0223.04.154591-2/001).

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 65 (sessenta e cinco) dias-multa, pela prática da conduta disposta no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal perante a Corte Estadual, ao qual foi negado provimento.

Sustenta a impetrante que o paciente é vítima de constrangimento ilegal ao argumento de que *"a partir do momento que o Magistrado Singular recebeu a denúncia designando audiência para interrogatório e oitiva de testemunhas, com adoção do rito processual traçado pelo Código de Processo Penal já alterado pela Lei 11.719/2008, o interrogatório do réu realizado nos moldes da legislação anterior deixou de prevalecer"* (e-STJ fls. 3).

Defende que o Juízo Singular não teria apreciado o pedido formulado em defesa preliminar no sentido de que o paciente fosse submetido à exame de dependência toxicológica, seja durante a audiência de instrução e julgamento ou no momento de proferir a sentença, circunstância que evidenciaria a negativa de prestação de tutela jurisdicional.

Aduz que a ausência de laudo toxicológico de dependência química teria impedido o magistrado de decidir pela desclassificação da conduta do paciente para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega que a pena do paciente seria inferior a 4 (quatro) anos e que o crime teria sido praticado ainda na vigência da Lei nº 6.368/76, razão pela qual não poderia ter sido fixado o regime fechado como o inicial para o cumprimento da reprimenda.

Demonstra que o paciente preencheria os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o delito não teria sido cometido com violência ou grave ameaça, as circunstâncias judiciais lhe seriam favoráveis e sua reprimenda seria inferior a 4 (quatro) anos.

Requer a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade do processo por cerceamento de defesa em razão da não apreciação do pedido de realização de exame toxicológico de dependência e da eventual inversão da ordem processual sem oportunizar a defesa do paciente, bem como seja desclassificada a sua conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, seja fixado o regime aberto como o inicial para o cumprimento da reprimenda e seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 10 a 293), sendo indeferida a tutela de urgência (e-STJ fls. 299) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 306), oportunidade em que acostou cópia da decisão vergastada (e-STJ fls. 307 a 313).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo parcial conhecimento do *writ* e, nesta extensão, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.595 - MG (2011/0007967-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, constata-se que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76, sendo designado o seu interrogatório para o dia 2-9-2005 (e-STJ fls. 51), nos termos do art. 38 da Lei nº 10.409/02, oportunidade em que somente o corréu Wellington José Pereira foi ouvido (e-STJ fls. 66), remarcando-se o interrogatório do paciente e do corréu Alexandre para o dia 27-10-2005 (e-STJ fls. 68).

Constatado que o paciente havia sido transferido para a penitenciária Nelson Hungria, localizada em município diverso (e-STJ fls. 76), o Juízo Singular expediu carta precatória para a comarca de Contagem/MG para que o paciente fosse notificado para apresentar defesa preliminar, bem como para que se procedesse o seu interrogatório (e-STJ fls. 78 a 80), o qual foi designado para 27-10-2005.

Realizado interrogatório do paciente na data aprazada (e-STJ fls. 96 e 97) e devolvida a carta precatória ao Juízo de Divinópolis/MG, este chamou o feito à ordem para tornar sem efeito o termo da audiência ocorrida em 1-12-2006, em que foi decretada a revelia do corréu Alexandre, considerando o advento da Lei nº 11.343/06, determinando a notificação dos acusados para oferecerem defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Assim, foi expedida nova carta precatória para o Juízo de Contagem/MG (e-STJ fls. 111) para notificação do acusado da decisão mencionada, a qual retornou sem o devido cumprimento por não haver a cópia da denúncia nos autos (e-STJ fls. 121).

Devidamente notificado em 1-3-2007 (e-STJ fls. 131), o paciente apresentou defesa preliminar às fls. 136 a 140. A denúncia foi recebida pelo Juízo Singular em 11-9-2007 (e-STJ fls. 149), ocasião em que designou audiência de instrução e julgamento para 5-5-2008, procedendo-se nos termos do art. 56 e seguintes da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão de remarcação, o referido ato foi realizado aos 19-3-2009, ocasião na qual o Juízo Singular extinguiu a punibilidade dos corréus Alexandre e Wellington pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, bem como foram ouvidas 3 (três) testemunhas constantes da exordial acusatória e o denunciado Alexandre na condição de informante (e-STJ fls. 184 a 189).

As alegações finais foram oferecidas pela defesa do paciente (e-STJ fls. 215), sobrevindo sentença que o condenou à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 65 (sessenta e cinco) dias-multa, pela prática da conduta disposta no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação criminal perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao qual foi negado provimento, o que deu azo ao *mandamus*.

Inicialmente, por meio do presente *writ*, busca a impetrante a declaração de nulidade do processo ao argumento de que *"a partir do momento que o Magistrado Singular recebeu a denúncia designando audiência para interrogatório e oitiva de testemunhas, com adoção do rito processual traçado pelo Código de Processo Penal já alterado pela Lei 11.719/2008, o interrogatório do réu realizado nos moldes da legislação anterior deixou de prevalecer"* (e-STJ fls. 3).

Em primeiro lugar, é preciso considerar que o artigo 394 da Lei Processual Penal dispõe que *"o procedimento será comum ou especial"*, o que significa dizer que o procedimento comum é o utilizado, como regra, para a maioria das infrações penais, salvo quando existir, seja em lei especial, seja no próprio Código, procedimento específico, que é o caso em apreço, porquanto o paciente responde pelo delito de tráfico de entorpecentes, cujo rito processual é atualmente disciplinado na Lei nº 11.343/06, a qual revogou a Lei nº 10.409/02.

Por conseguinte, em estrita observância ao princípio da especialidade, existindo procedimento próprio para a apuração do delito cometido pelo paciente - tráfico de substância entorpecente -, afastam-se as regras do procedimento comum ordinário previstas no Código de Processo Penal, cuja aplicação pressupõe, por certo, a ausência de regramento específico para a hipótese. Logo, não há que se falar no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente caso em aplicação das alterações promovidas pela Lei nº 11.719/08 a ensejar eventual nulidade do processo por inversão no rito processual.

Além disso, certo é que a Lei nº 10.409/02 - vigente à época dos fatos -, ao regulamentar a instrução processual no rito especial em apreço, previa, em seu art. 38 e seguintes, um interrogatório do acusado em momento anterior ao recebimento da denúncia e uma nova oitiva deste durante a audiência de instrução e julgamento, antes da inquirição das testemunhas, nos seguintes termos:

"Art. 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandato aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.

§ 1º Na resposta, consistente de defesa prévia e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz concederá prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se o representante do Ministério Público e em igual prazo proferirá decisão.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz determinará a realização de diligências, com prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 6º Aplica-se o disposto na Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, ao processo em que o acusado, citado pessoalmente ou por edital, ou intimado para qualquer ato processual, deixar de comparecer sem motivo justificado.

Art. 39. Observado o disposto no art. 43 do Código de Processo Penal, a denúncia também será rejeitada quando:

I – for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

II – não houver justa causa para a acusação.

Art. 40. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, e ordenará a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 41. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz, que, em seguida, proferirá a sentença"

Entretanto, em que pese a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, tenha revogado a Lei nº 10.409/02, no caso em apreço tem-se que o paciente foi interrogado, por meio de carta precatória, em 27-10-2005 (e-STJ fls. 96), isto é, quando ainda não vigia a Nova Lei de Drogas, que entrou em vigor em 8 de outubro de 2006 e passou a prever em seu art. 55 e seguintes a realização do interrogatório do acusado apenas durante a audiência de instrução e julgamento, pelo que não seria possível a aplicação retroativa do referido diploma legal ao caso, eis que trata de norma procedimental.

Isso porque no âmbito do direito processual penal, quando se fala em aplicação da lei no tempo, vige o princípio do efeito imediato, representado pelo brocardo latino *tempus regit actum*, conforme previsão contida no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Nessa ordem de ideias, portanto, observa-se que o paciente foi interrogado com a estrita observância do regramento processual vigente à época da realização do ato, qual seja, o rito disciplinado na Lei nº 10.409/02, porquanto oferecida a exordial acusatória, o Juízo Singular expediu carta precatória para oitiva do acusado, a qual foi devidamente cumprida, foram apresentadas as defesas preliminares pelos acusados, de tal sorte que ao receber a exordial acusatória em 11-9-2007 (e-STJ fls. 149), o Juízo Sentenciante designou data para a audiência de instrução e julgamento já nos moldes do novo regramento trazido pela atual Lei de Drogas.

Além disso, cumpre ressaltar que a audiência em que se procederia o interrogatório do corréu Alexandre, na qual decretou-se a sua revelia e nomeou-se Defensor Público para patrocinar a sua defesa, foi tornada sem efeito pelo Juízo Singular (e-STJ fls. 109) em razão dela ter sido realizada já em 1-12-2006, mas ainda nos moldes da Lei nº 10.409/02 (e-STJ fls. 104), isto é, quando já vigente a Lei nº 11.343/06, que alterou a instrução criminal no rito especial, o que demonstra que a situação do corréu em nada se assemelha à do paciente, razão pela qual não há que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falar que o prévio interrogatório deste também não mais subsistiria.

Até porque, apesar de as leis processuais aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, os atos realizados sob o império da legislação anterior devem ser respeitados, sendo, portanto, plenamente válido o interrogatório do paciente ocorrido antes do recebimento da denúncia, nos termos da Lei nº 10.409/02 e antes da vigência da Lei nº 11.343/06.

Ademais, não merece prosperar o argumento de que seria necessária uma nova oitiva do paciente na audiência de instrução e julgamento ocorrida após o recebimento da peça inaugural, pois além do prévio interrogatório ter sido realizado de acordo com a legislação vigente à época e aproveitado pelo Juízo Singular, a jurisprudência desta Corte de Justiça acerca da não realização de um segundo interrogatório, nos termos do art. 41 da Lei nº 10.409/02, concluiu que o vício seria relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PENA TOTAL: 06 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. LEI 10.409/02.

DEFESA PRÉVIA APRESENTADA E INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DO SEGUNDO INTERROGATÓRIO.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, a paciente foi interrogada antes do recebimento da denúncia, ofereceu defesa prévia escrita, memoriais e alegações finais. Esteve sempre assistida por Advogado constituído e sustentou todo o tempo a mesma tese, qual seja, a de negativa de autoria, dizendo-se inocente da imputação, ignorando que seu carro seria utilizado no transporte da droga, pois apenas o teria emprestado a um amigo. A argumentação restou esvaziada pelas demais provas colhidas (prova testemunhal e interceptações telefônicas). Dessa forma, não se divisa qualquer prejuízo pela não realização de um segundo interrogatório, nem ele é sequer sugerido pela defesa.

2. Oportunizada a mais ampla defesa antes do recebimento da denúncia e durante o processamento da Ação Penal, apenas e tão-somente a não realização de um segundo interrogatório não é hábil a configurar nulidade absoluta. Precedentes: HC 47.293/RR e REsp. 762.019/RN, ambos relatados pelo Min. GILSON DIPP, DJU 19.12.05 e 13.03.06, respectivamente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No Processo Penal, não se declara nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega (arts. 563 e 565 do CPP e Súmula 563/STF).
4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 90739/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 06/10/2008)

Trilhando idêntico rumo, cita-se:

"HABEAS CORPUS. LEI Nº 10.409/02. ART. 41. INOBSERVÂNCIA DE RITO PROCEDIMENTAL. NÃO REALIZAÇÃO DO SEGUNDO INTERROGATÓRIO. NULIDADE RELATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA.

"1. Colhe-se dos autos que o Juiz monocrático determinou a citação do acusado para o oferecimento de defesa preliminar e procedeu a sua oitiva antes do recebimento da denúncia, não observando, contudo, na ocasião da audiência de instrução e julgamento, o disposto no art. 41 da Lei nº 10.409/02, partindo-se diretamente para a oitiva das testemunhas.

"2. Embora predomine, nesta Corte, o entendimento de que a falta de oportunidade para o oferecimento de defesa prévia, prevista no art. 38 do aludido diploma, constitui nulidade absoluta, o mesmo não acontece com a supressão de um dos interrogatórios.

"3. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a ausência do duplo interrogatório pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, devendo estar demonstrado, portanto, o prejuízo causado à defesa.

"4. Na espécie sub judice, não houve nenhum prejuízo ao paciente, porque ele teve a oportunidade de apresentar a sua versão fática em juízo, sendo-lhe assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

"5. Habeas corpus denegado".

(HC 43834/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009).

E na hipótese vertente, constata-se que, não obstante o paciente estivesse presente durante a audiência de instrução e julgamento realizada em 19-3-2009, ocasião em que foram ouvidas três testemunhas e um dos corréus como informante, a sua defesa sequer sugeriu a realização de um segundo interrogatório ou suscitou qualquer irregularidade no momento da realização do ato ou nas alegações finais, limitando-se a requerer o registro na ata de audiência das informações trazidas pelo paciente de que ele teria sido *"espancado, no dia dos fatos pelo Coronel Wiliam, diretor-geral, que se encontrava embriagado, e pelo Agente Juliano: que também foi espancado em Patos de Minas e Uberlândia"* (e-STJ fls. 184).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De mais a mais, a defesa do paciente cingiu-se a ventilar na presente impetração que a nulidade seria absoluta e que houve o cerceamento de defesa, sem apontar, objetivamente, quais seriam os prejuízos suportados pelo paciente. Assim, não logrou a defesa demonstrar a ocorrência efetiva de prejuízo em razão da não realização de um novo interrogatório após o recebimento da exordial acusatória, olvidando-se do brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo e, consoante exposto, não se constata o cerceamento aventado, a ponto de invalidar-se a instrução criminal.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:

*"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o **pas de nullité sans grief**. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.*

"Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

"A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

"A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc." (Curso de direito processual penal. 26ª ed. Saraiva: São Paulo, p. 440).

Nesse diapasão colaciona-se desta colenda Turma:

"CRIMINAL. HC [...] NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA INTEGRAL DE DEFENSOR [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENEGADA.

"No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

"[...].

"Precedentes desta Corte.

"Ordem denegada" (HC nº 63.368/MG, rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 14-11-2006, publicado no DJ de 4-12-2006, p. 349).

Não discrepa desse entendimento o seguinte excerto:

"HABEAS CORPUS [...] NULIDADE [...] PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

"[...].

"[...] no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo (art. 563 do CPP), o que não restou demonstrado na hipótese. Incidência da Súmula 523/STF: 'No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'.

"3. Ordem denegada" (HC nº 85.442/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 20-11-2007, publicado no DJ de 10-12-2007, p. 410).

Além disso, o Tribunal *a quo*, ao afastar a eiva arguida, bem asseverou a ausência de qualquer prejuízo suportado pelo paciente, nos seguintes termos:

"A preliminar de nulidade do processo por inobservância do rito processual não merece ser acolhida.

O fato de o apelante ter sido interrogado anteriormente ao recebimento da denúncia não é suficiente para anular o processo, tendo em vista que lhe foi resguardada a amplitude de defesa, inclusive, conforme se pode ver da ata de fls. 127/128, esteve ele presente na audiência de instrução e julgamento em que "foram ouvidas 3 testemunhas da denúncia e um dos denunciados ouvido como informante", oportunidade em que também "o réu Marcos informou ter sido espancado, no dia dos fatos pelo Coronel Wiliam, diretor geral, que se encontrava embriagado e pelo agente Juliano".

Ademais, nada a respeito da referida irregularidade foi levantada pela defesa no trâmite do processo, nem na A.I.J. ou nas alegações finais, questão essa que só veio a tona



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nesta instância revisora, em sede de razões recursais. Deve ser observado o artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe:
"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa."
Assim, não tendo sido trazido nenhum prejuízo à defesa, não há falar-se em nulidade do processo" (e-STJ fls. 286 e 287).

Não se vislumbra, portanto, qualquer nulidade a macular a ação penal em comento, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a que estaria sendo submetido o paciente quanto a este tópico.

O impetrante busca, ainda, impingir ao processo vício decorrente da alegação de que o paciente teve sua defesa cerceada, haja vista o indeferimento do pleito de realização de exame de dependência toxicológica, não obstante ter afirmado ser usuário de droga.

Entretanto, é de ser afastada a eiva arguida, porquanto firmou-se na jurisprudência desta Corte o entendimento no sentido de que a mera alegação de que o acusado é usuário de substâncias entorpecentes, por si só, não justifica a realização do exame de dependência toxicológica, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, diante de fundada dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação, circunstância não verificada nos autos.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – LATROCÍNIO – NULIDADE – EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA E/OU DE INSANIDADE MENTAL – INDEFERIMENTO – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS RAZOÁVEIS APTOS A EMBASAR A REALIZAÇÃO DOS EXAMES – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

"1. O Magistrado singular não está adstrito a deferir todas as diligências pleiteadas pela defesa durante a instrução criminal, podendo indeferi-las de modo fundamentado. Precedentes do STF e do STJ.

"2. Eventual dependência toxicológica não é capaz, por si só, de afastar a imputabilidade do agente, notadamente quando ele declarara ser mero viciado, mas não dependente, não chegando sequer a suportar eventual crise de abstinência, além de possuir plena consciência sobre a ilicitude de sua conduta.

"3. Justifica-se o indeferimento da realização do incidente de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insanidade mental quando ausentes quaisquer indícios mínimos razoáveis aptos a denegrir a higidez mental do agente.

"4. Negado provimento ao recurso. (RHC nº 23.091/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 27-5-2008, DJe 9-6-2008).

Não diverge o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. FACULDADE DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

"1. O magistrado não está obrigado a determinar a realização de exame de dependência toxicológica, quando, de modo justificado, entender desnecessária tal prova para o esclarecimento do fato criminoso e da conduta do acusado. Precedentes do STJ.

"2. Habeas corpus denegado". (HC nº 50.440/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 14-6-2007, DJ 6-8-2007 p. 550).

No mesmo sentido colaciona-se:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 2. ORDEM DENEGADA.

"1. Se o indeferimento do pedido de realização de exame de dependência toxicológica é dotado de fundamentação, não há que se falar em nulidade.

"2. Ordem denegada" (HC nº 81.285/GO, rel^a Min^a MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 7-2-2008).

E na hipótese em apreço, o Juízo Singular, não obstante a afirmação do paciente de que seria usuário de drogas, procedendo análise minuciosa do contexto-fático probatório, não entendeu ser conveniente a realização da perícia pretendida ante a ausência de qualquer indício factual ou testemunhal de que ele tivesse diminuída a sua capacidade de entender o caráter ilícito da conduta que lhe foi atribuída, haja vista o teor da fundamentação exposta:

"Por outro lado, não há confiabilidade nas assertivas do acusado, que negou os fatos, tendo em vista que suas palavras estão desarticuladas das demais provas produzidas nos autos, mormente pela natureza e quantidade da droga apreendida.

Do mesmo modo, ainda que se considere a condição de usuário do réu, não estaria afastada a sua responsabilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo delito de tráfico, principalmente quando este é praticado para o fomento do próprio vício. Logo, totalmente descabida a pretensão de desclassificação para o art. 28 da lei 11.343/06.

Assim, estou convencido, pela conjugação de todas as provas produzidas nos autos, que a conduta do réu é típica e amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 12 da lei 6.368/76, impondo-se a sua condenação quanto a este delito, não havendo causa que exclua o crime ou isente o réu de culpa" (e-STJ fls. 228).

E no mesmo sentido decidiu o Tribunal Estadual ao afirmar que:

"A indagação sobre eventual dependência toxicológica, e até mesmo a determinação pelo Juiz do exame para tal finalidade, somente se faz indispensável, quando do contexto probatório existirem fundadas razões no sentido de que o réu seja, efetivamente, dependente de substância entorpecente e ter comprometida a sua higidez mental. [...].

No caso específico, à toda evidência, o pretendido exame não passa de usual expediente de defesa, absolutamente desnecessário, pois em todo o tramitar do processo, o acusado demonstrou ser plenamente capaz, respondendo a todas as perguntas a ele formuladas. Agiu, portanto, dentro da normalidade, não deixando qualquer suspeita sobre sua capacidade de compreensão do fato e de autodeterminação. Ressalte-se que das provas carreadas aos autos, não se percebeu sintomas de que "o agente não possuía ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o carácter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento", não há falar-se, portanto, em incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no artigo 46 da Lei nº 11.343/06" (e-STJ fls. 287 e 288).

Dessa forma, verifica-se que a decisão do Juízo de 1ª instância, confirmada pelo acórdão objurgado, está em consonância com a jurisprudência firmada por esta Corte de Justiça, não tendo o magistrado, ainda que almejado pela parte, a obrigação de suspender a instrução do feito e determinar a realização do exame de dependência.

Dessarte, a despeito da possibilidade de aplicação dos benefícios insculpidos na Legislação Antitóxicos aos dependentes de substância entorpecente, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, estando a decisão que indeferiu a realização do exame pericial devidamente fundamentada na inexistência de qualquer indicativo quanto à ausência ou debilidade de discernimento por parte do paciente referente ao caráter ilícito da conduta, é de rechaçar-se a eiva apontada.

No tocante aos pleitos remanescentes, da leitura do acórdão objurgado, verifica-se que as questões referentes à desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, à fixação de regime inicial menos gravoso para o início do cumprimento da reprimenda e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não foram alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre estes tópicos, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância.

Ressalte-se que a apelação criminal interposta pela defesa não veiculou, em suas razões, qualquer inconformismo relativo às matérias retro mencionadas, cingindo-se a requerer o reconhecimento da nulidade do processo por inobservância do rito processual e por cerceamento de defesa em razão do indeferimento da realização de exame de dependência toxicológica, consoante se verifica da cópia da peça processual constante às fls. e-STJ 248 a 252.

Como é cediço, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o **iter procedimental** - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício.

O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (op. cit. p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado por analogia permitida no art. 3º do Código de Processo Penal, devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, *que se restringe aos limites da impugnação* (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício), o Tribunal impetrado não tratou das questões mencionadas - desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, fixação de regime inicial menos gravoso para o início do cumprimento da reprimenda e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos -, mormente porque se encontram no âmbito de algumas das inúmeras possíveis teses defensivas, que devem, por óbvio, ser arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, observando-se o indispensável contraditório.

Inviável, pois, o exame das matérias por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de configuração da indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009).

Ante o exposto, **conhece-se parcialmente do presente writ** e, nesta extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0007967-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.595 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10223041545912 223041545912

EM MESA

JULGADO: 04/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCOS FERREIRA LIMA
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCOS FERREIRA LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.