



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 890.049 - SP (2016/0099612-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : EDMAR ALVES DE CARVALHO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO MOREIRA E OUTRO(S) - SP129373
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E RECEPÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADES NÃO DEMONSTRADAS. (AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS, INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.

2. "Embora a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra, acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por ser tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade" (RHC 38.435/SP, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, DJe 15/5/2014).

3. A alegação de insuficiência de provas para a condenação demanda o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 890.049 - SP (2016/0099612-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : EDMAR ALVES DE CARVALHO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO MOREIRA E OUTRO(S) - SP129373
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de e-STJ fls. 981/986, de minha relatoria, em que conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial por não vislumbrar no acórdão estadual nenhuma das nulidades apontadas pelo recorrente (não comparecimento do réu na audiência de oitiva das testemunhas e inversão dos atos processuais), bem como pelo óbice da Súmula 7/STJ.

A defesa reitera a existência de todas as nulidades apontadas no recurso especial, ressaltando que o prejuízo suportado pelo recorrente é a própria sentença condenatória lavrada mediante cerceamento de defesa. Aduz que não há provas suficientes para a condenação.

Objetiva, assim, reconsideração da decisão agravada ou a remessa do feito à apreciação da Turma a fim de que o agravo seja provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 890.049 - SP (2016/0099612-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Dessume-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis* (e-STJ fls. 981/986):

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo apenas para reduzir a pena do recorrente para 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão, pela prática dos crimes descritos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006.

A defesa pede, inicialmente, a nulidade do processo pelo não comparecimento do réu na audiência de oitiva das testemunhas.

No entanto, como bem registrou o acórdão recorrido à e-STJ fl. 802, cuida-se de nulidade que depende da comprovação do prejuízo, o que não se verificou no caso em tela, pois os defensores do réu compareceram às audiências, exerceram a defesa técnica e formularam perguntas às testemunhas. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CARTA PRECATÓRIA. OITIVA DA VÍTIMA. RÉU PRESO. DIREITO DE PRESENÇA. DIREITO QUE NÃO É ABSOLUTO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 318.219/SP, desta Relatoria, DJe 01/08/2016).

No que se refere à violação do art. 212 do CPP, importante anotar que, embora "a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra, acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief), por ser tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade" (RHC 38.435/SP, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 15/5/2014).

No caso dos autos, tendo a defesa alegado a nulidade sem, entretanto, explicar qual o prejuízo suportado, fica fragilizada a assertiva de violação do art. 212 do Código de Processo Penal.

Registre-se, por oportuno, que, segundo entendimento consolidado neste Superior Tribunal, o simples advento de sentença condenatória não tem o condão, por si só, de cristalizar o prejuízo indispensável para o reconhecimento da nulidade.

Sobre a alegação de nulidade decorrente da inversão dos atos processuais, o acórdão recorrido assim se pronunciou:

Igualmente, não ocorreu inversão tumultuária do processo, pois o depoimento das testemunhas foi colhido através de cartas precatórias e o artigo 222, § 1º, do Código de Processo Penal é claro:

"§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal."

Assim, após a citação dos acusados, plenamente cabível a realização de seus interrogatórios antes da juntada das cartas precatórias para a oitiva de testemunhas. Não é difícil lembrar que no rito processual da Lei nº 11.343/06, o interrogatório judicial é a primeiro ato realizado pelo Juízo, não havendo qualquer nulidade em sua colheita antes da oitiva de testemunhas arroladas pela acusação e defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observa-se que, também nesse ponto, não há qualquer nulidade a ser declarada, porquanto, no que concerne à alteração da ordem para inquirição das testemunhas, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não há nulidade quando tal ato é realizado por meio de carta precatória, cuja expedição, como é cediço, não acarreta a suspensão da instrução criminal. Ademais, também na linha da jurisprudência desta Corte, dita inversão é passível de nulidade relativa, devendo ficar demonstrada a efetiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu in casu. (ut, (HC 331.748/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/05/2016)

Por fim, observa-se que, ao contrário do alegado pela defesa, o acórdão recorrido registra que há nos autos provas seguras para a condenação do recorrente pelo crime de associação, estando suficientemente comprovada a estabilidade e a permanência da associação criminosa (e-STJ fl. 807).

Para se alterar a conclusão da Corte de origem acerca da existência de elementos para a condenação, seria necessário o aprofundado reexame de provas, impossível na via do recurso especial. Incidência do verbete n. 7 da Súmula deste Tribunal. A propósito:

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, SEQUESTRO E TORTURA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 35 DA LEI DE DROGAS. ANÁLISE DOS REQUISITOS DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS EM PARTE. CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO.

[...]

8. A análise da alegação da defesa de que não teriam sido devidamente demonstrados os requisitos da estabilidade e permanência, necessários à consumação do delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, demandaria a alteração das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

premissas fático-probatórias estabelecidas nas instâncias ordinárias, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

9. Recursos especiais providos em parte. Concessão de habeas corpus de ofício em favor de corréus. Absolução quanto ao delito de tráfico de drogas, por ausência de materialidade delitiva, e retorno dos autos à Corte de origem para nova análise da primeira fase da dosimetria da pena, afastada a consideração negativa das circunstâncias da personalidade e da conduta social com base em fundamentos genéricos. (REsp 1598820/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 01/08/2016).

*Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.***

Publique-se. Intimem-se.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0099612-3

AgRg no
AREsp 890.049 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001101220138260400 05/2013 1101220138260400 52013 RI0029XDJ0000

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EDMAR ALVES DE CARVALHO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : JULIANO EVANGELISTA TOSTA
CORRÉU : ALAN RICARDO GONÇALVES

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 : EDMAR ALVES DE CARVALHO
ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO MOREIRA E OUTRO(S) - SP129373
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.