



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.033 - SP (2010/0133878-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NEIDE APARECIDA DE PAULA JÚNIOR CHERVENHAK (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RECEPÇÃO QUALIFICADA (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006 E ARTIGO 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). APONTADA NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS E DO ACUSADO PREVISTA NO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ADOÇÃO DE RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Como é cediço, a Lei n. 11.343/06 regulamenta o procedimento a ser seguido nas ações penais deflagradas para a apuração da prática dos delitos ali descritos, dentre os quais o de tráfico de entorpecentes e associação para tal fim, estabelecendo, assim, rito especial em relação ao comum ordinário, previsto no Código de Processo Penal.

2. Por conseguinte, e em estrita observância ao princípio da especialidade, existindo rito próprio para a apuração do delito atribuído à paciente, 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.

3. Se a Lei 11.343/06 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 do Código de Processo Penal prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do procedimento comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

CONEXÃO ENTRE OS DELITOS PREVISTOS NA LEI 11.343/2006 E O DISPOSTO NO CÓDIGO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME QUE ATRAIRIA A INCIDÊNCIA DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

2. Na hipótese, a paciente foi denunciada pela prática de crimes sujeitos a procedimentos diversos, vale dizer, tráfico de drogas e associação para o tráfico, cujo processo e julgamento segue o disposto na Lei n. 11.343/06, e receptação qualificada, submetida ao rito comum ordinário.

3. Em casos como o dos autos, esta Corte Superior de Justiça tem entendido que o magistrado deve seguir o procedimento previsto no Código de Processo Penal, já que dotado de maiores condições de defesa.

4. A adoção de procedimento incorreto só pode conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese, já que a paciente foi absolvida da acusação referente ao delito que atrairia a incidência do rito comum ordinário previsto no Código de Processo Penal.

5. Nos termos do artigo 563 do referido estatuto, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado o prejuízo dela decorrente, circunstância que impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal.

6. Ordem denegada.

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.033 - SP (2010/0133878-8)

IMPETRANTE : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NEIDE APARECIDA DE PAULA JÚNIOR CHERVENHAK
(PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de NEIDE APARECIDA DE PAULA JÚNIOR CHERVENHAK, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada no HC n. 990.10.287265-3, afastando a alegada nulidade da ação penal instaurada contra a paciente, e mantendo sua segregação cautelar.

Noticiam os autos que a paciente, presa temporariamente desde 5.7.2008, com posterior prisão preventiva decretada em 1.9.2008, foi condenada à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 1.332 (mil trezentos e trinta e dois) dias-multa, como incursa no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, bem como à sanção de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 35 do mesmo diploma legal.

Sustentam os impetrantes que a paciente é vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não teria sido observada a ordem de inquirição prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal por ocasião de seu interrogatório, uma vez que teria sido inquirida antes da oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, o que seria causa de nulidade do processo.

Afirmam que o magistrado singular não poderia ter adotado o rito processual previsto na Lei 11.343/2006, pois a denúncia atribuiu à acusada também a prática do delito do artigo 180, § 1º, do Código Penal, e, constatado o concurso de crimes, deveria ser utilizado o procedimento comum ordinário.

Observam, ainda, ser a acusada primária, possuidora de bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, destacam a ocorrência de suposto excesso de prazo na formação da culpa da paciente, que já estaria presa há mais de 2 (dois) anos e 1 (um) mês sem que a defesa tivesse dado causa à delonga verificada na ação penal em apreço.

Requerem a concessão da ordem a fim de que seja anulada a ação penal em tela desde o encerramento da instrução, determinado-se a realização da audiência de interrogatório da paciente conforme a regra do artigo 400 do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, diante da verificação de alegado excesso de prazo na formação da culpa.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 131/133, não tendo sido acolhidos os dois pleitos de reconsideração formulados pela defesa (e-STJ fls. 275 e 324).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 140/142), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 230/233, manifestou-se pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.033 - SP (2010/0133878-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do processo instaurado contra a paciente desde o encerramento da instrução processual, para que seja interrogada nos termos do artigo 400 do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

Segundo consta dos autos, a paciente foi denunciada pela prática dos crimes de tráfico de drogas e receptação, extraindo-se da peça acusatória os seguintes trechos que dizem respeito ao caso em tela:

"(...)

No decorrer dessas investigações ficou certo que **Celso Aparecido Gonçalves**, costumeiramente ia à casa de **Neide Aparecida Paulo Júnior Chervenhak**, localizada na Avenida Eugênio João Faccio, nº 42, Parque Gramado II, nesta cidade, mãe de **Alex Chervenhak**, preso em Campinas por envolvimento com o tráfico ilícito de drogas.

Aliás, em razão dessas interceptações telefônicas chegou-se ao laboratório de refino de cocaína na cidade de Campinas, quando foram apreendidos cinquenta quilos de xilocaína, além de duzentos frascos de éter e ácido sulfúrico utilizados para o refinamento da cocaína.

Essa apreensão fez nascer a suspeita de que a casa de **Neide Aparecida Paulo Júnior Chervenhak**, no endereço acima mencionado nesta cidade, também seria utilizada como 'laboratório para refino de cocaína', em parceria com **Celso Aparecido Gonçalves**, vez que este permanecia horas seguidas no local.

4. Assim é que no dia 02 de junho de 2008, munidos com mandado judicial de busca e apreensão, agentes policiais do DISE local, deslocaram-se à residência de **Neide Aparecida Paulo Júnior Chervenhak**, no endereço já mencionado, e lá apreenderam **9.163,5g (nove mil cento e sessenta e três gramas e cinco decigramas) de cocaína já processada**, acondicionadas em dez porções distintas (auto de fls. 326/330), **além de 4.100g (quatro mil e cem gramas) de pedras de crack**, acondicionada em bacia de plástico de cor branca (auto de fls. 326/330), substâncias entorpecentes e causadoras de dependência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

física e psíquica (laudos toxicológicos de fls. 643/643 e 724/725), **as quais se destinavam a fornecimento a terceiros, venda e tráfico ilícito.**

As mencionadas substâncias entorpecentes pertenciam a **Neide Aparecida Paulo Júnior Chervenhak e Celso Aparecido Gonçalves**.

No mesmo contexto, foram apreendidas ainda cerca de 20 (vinte) quilos de pó branco ensacados com as inscrições 'L' e 'C', indicando serem Lidocaína e Cafeína, usadas para misturar com a cocaína, vários frascos de líquidos ácidos utilizados para o refino de cocaína, uma prensa de tamanho grande, macaco hidráulico, balança eletrônica, luvas de borracha, um prato, um garfo, uma colher e uma faca, além de outros petrechos próprios de laboratório de refino de cocaína.

Os laudos periciais referentes às apreensões estão acostados a fls. 641, 644/645, 646/648, 649/651 e 724/725, sendo exato que os petrechos apreendidos estavam todos com resquícios de cocaína.

5. Os agentes policiais civis, na mesma oportunidade, ainda, apreenderam na casa da denunciada **Neide Aparecida Paulo Júnior Chervenhak** a balança comercial da marca MICHELETTI, que havia sido subtraída de **João Rodrigo de Santiago**, no dia 19 de maio de 2008, cerca de 10h00, do seu estabelecimento comercial situado na Rua Eduardo Prada, nº 342, nesta cidade (boletim de ocorrência de fls. 678/679), que havia sido por ela adquirida, em proveito próprio, apesar de saber ser produto de crime.

A balança comercial acima descrita estava sendo utilizada para o tráfico ilícito de entorpecentes, tanto que ao ser apreendida estava impregnada com resquícios de cocaína, o que vale dizer, no exercício de atividade comercial clandestina.

6. Posteriormente, depois de interceptarem, um telefona do aparelho celular 19-8140-4724, de que a denunciada **Neide Aparecida Paulo Júnior Chervenhak** iria visitar seu filho Alex **Chervenhak**, recolhido na Penitenciária de Hortolândia, no dia 05 de julho de 2008, os agentes policiais civis do DISE local, dirigiram-se àquela cidade, em cumprimento a mandado de prisão temporária (fls. 659 e verso), tendo sido ela detida." (e-STJ fls. 199/202).

De acordo com as informações prestadas pelo Juízo singular no writ impetrado na origem, a paciente foi citada, apresentou defesa prévia e foi interrogada, seguindo-se a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes (e-STJ fl. 58).

Após o encerramento da instrução processual, a defesa manifestou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos autos, pleiteando que a paciente fosse novamente interrogada, em face das modificações promovidas pela Lei 11.719/2008 na sistemática do procedimento comum ordinário (e-STJ fls. 62/64), o que foi infederido pela magistrada singular, consoante a decisão abaixo reproduzida:

"Indefiro o pedido de fls. 1678/1680.

Não é caso de se proceder a novo interrogatório dos réus, em razão da modificação introduzida pela Lei 11719/08.

O processo em questão seguiu o rito da Lei de Tóxicos (Lei 11343/06), a qual estabelece que o interrogatório dos réus é feito no início, seguindo-se à inquirição das testemunhas de acusação e defesa.

Indefiro outrossim o pedido de revogação da prisão preventiva por excesso de prazo.

Como bem salientou o M.P., a instrução já se encerrou, encontrando-se o processo na fase de memoriais, em substituição às alegações finais, que deverão ser apresentadas por todos os réus." (e-STJ fl. 65).

Sobreveio sentença na qual a paciente restou condenada à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 1.332 (mil trezentos e trinta e dois) dias-multa, como incursa no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, bem como à sanção de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 35 do mesmo diploma legal, sendo absolvida da acusação referente ao delito do artigo 180, § 1º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, o qual foi liminarmente indeferido em aresto que recebeu a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE NOVO INTERROGATÓRIO, APÓS A REFORMA PROCESSUAL DE 2008 - NULIDADE - MEIO INADEQUADO. INDEFERIMENTO. O Habeas Corpus é meio inadequado para discussão de nulidade do processo pela não repetição de ato processual, já consumado antes da reforma processual de 2008." (e-STJ fl. 44).

Pois bem. De tudo quanto consta dos autos, tem-se que a impetração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não merece acolhida.

Inicialmente, é imperioso consignar que apesar de a Corte *a quo* haver indeferido liminarmente o *mandamus* ali impetrado, consignando que ele não seria o meio adequado para discutir a matéria, não há dúvidas de que o tema foi devidamente analisado, tanto que se afastou a nulidade arguida, mantendo-se a prisão preventiva da paciente.

No que se refere ao mérito do *writ*, antes de mais nada é preciso consignar que, ao contrário do que sustentado pela autoridade apontada como coatora, o interrogatório da paciente não foi realizado em momento anterior à vigência da Lei 11.719/2008, o que se deu em agosto de 2008, tendo ocorrido no dia 15.12.2008 (e-STJ fl. 51), quando o mencionado diploma legal já se encontrava em vigor.

Contudo, a togada singular não aplicou as alterações promovidas pela Lei 11.719/2008 ao feito sob o argumento de que a ação penal em apreço deveria observar o rito da Lei 11.343/2006, que estabelece o interrogatório como o primeiro ato da instrução.

Como é cediço, a novel Lei de Drogas apresenta procedimento especial em relação ao comum ordinário, previsto no Código de Processo Penal.

Com efeito, 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.

Por conseguinte, e em estrita observância ao princípio da especialidade, existindo procedimento próprio para a apuração do delito cometido pela paciente, 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.

A confirmar tal compreensão, confira-se a lição de Fernando Capez, que menciona expressamente o procedimento da Lei 11.343/06 como caso de legislação específica que exclui, a princípio, a incidência do procedimento comum ordinário do Código de Processo Penal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A Lei 11.719/2008 passou a eleger critério distinto para a determinação do procedimento a ser seguido. Com efeito, de acordo com o novo art. 394 do CPP, o procedimento será comum ou especial. (...) O procedimento comum divide-se em: a) ordinário: crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade, salvo se não se submeter a procedimento especial; b) sumário: crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade, salvo se não se submeter a procedimento especial; c) sumaríssimo: infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da Lei n. 9.099/95, ainda que haja previsão de procedimento especial. Enquadram-se nesse conceito as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos (de acordo com o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei n. 10259/2001 e pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95, com a redação determinada pela Lei n. 11.313/2006). Dessa forma, a distinção entre os procedimentos ordinário e sumário dar-se-á em função da pena máxima cominada à infração penal e não mais em virtude desta ser apenada com reclusão ou detenção. O procedimento especial, por sua vez, abará todos os procedimentos com regramento específico, tal como o do tribunal do júri (arts. 406 a 497 do CPP, com a nova redação determinada pela Lei n. 11.719/2008) e outros previstos na legislação extravagante, por exemplo as Leis n. 11.343/2006 e 8.038/90, Código Eleitoral e leis eleitorais, Código de Processo Penal Militar, etc. (Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.482).

Contudo, há que se considerar que o próprio artigo 394 da Lei Processual Penal ressalva, em seu § 5º, a aplicação subsidiária do rito ordinário aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo.

Sobre o tema, Capez elucida que "eventuais omissões, lacunas existentes nos demais procedimentos, poderão requerer a incidência das disposições do procedimento ordinário", advertindo que os artigos 395 a 397 do Código de Processo Penal "somente incidirão nos procedimentos penais de primeiro grau, excluindo-se, portanto, por exemplo, os procedimentos de competência originária dos tribunais" (Op. cit., p. 485/486).

Vê-se, então, que apenas quando não houver regramento específico na legislação própria é que se admite a incidência supletiva do rito comum ordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, como mencionado, os impetrantes se insurgem contra o indeferimento do pleito defensivo para que a paciente fosse reinterrogada, uma vez que o artigo 400 do Código de Processo Penal determina que a inquirição do acusado seja realizada ao final da instrução processual.

Por certo, o artigo 400 da Lei Processual Penal, ao disciplinar a instrução processual no rito comum ordinário, dispõe, em seu *caput*, que o interrogatório do acusado será o último ato a ser implementado:

"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado."

Todavia, o artigo 57 da Lei n. 11.343/06 prevê momento específico para a inquirição do réu, que será o primeiro ato a ser praticado na audiência de instrução e julgamento:

"Art. 57. 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, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz."

Ora, se a Lei 11.343/06 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 do Código de Processo Penal prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do procedimento comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

A título de ilustração, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. NULIDADE ABSOLUTA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CPP COM A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.719/08.NÃO OCORRÊNCIA. RITO PRÓPRIO DA LEI 11.343/2006. INTERROGATÓRIO DO RÉU NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. ORDEM DENEGADA.

I. Nos termos do art. 394, § 2º, do Código de Processo Penal, o procedimento comum aplica-se a todos os processos, salvo disposições em contrário previstas no próprio Código ou em lei especial.

II. Hipótese em que a instrução processual foi promovida nos termos da Lei 11.343/2006, que possui rito próprio e que prevê, em seu art.

57, que o interrogatório do acusado inaugura a audiência de instrução.

III. Se o interrogatório foi realizado nos termos estabelecidos no rito especial da Lei de Drogas, não há nulidade a ser declarada por inobservância do art. 400 do CPP.

(...)

V. Ordem denegada. (HC 179.002/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012)

Alega-se, entretanto, que na hipótese deveria ter sido observado o procedimento ordinário, tendo em vista que a denuncia imputou à paciente a prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e receptação.

Como se sabe, embora o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, também não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

Assim, a utilização de procedimento incorreto só pode conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes, o que, de fato, não se verifica ter ocorrido na hipótese.

Com efeito, a paciente foi denunciada pela prática de crimes sujeitos a procedimentos diversos, vale dizer, tráfico de drogas e associação para o tráfico, cujo processo e julgamento segue o disposto na Lei 11.343/2006, e receptação qualificada, submetida ao rito comum ordinário.

Em hipóteses como a dos autos, sedimentou-se no âmbito desta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que o magistrado deve adotar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento previsto no Código de Processo Penal, já que dotado de maiores condições de defesa ao acusado.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LATROCÍNIO, NA FORMA TENTADA. NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/06. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIMES CONEXOS. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. MAIOR AMPLITUDE DE DEFESA. (...) NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem decidido que, nas hipóteses de conexão dos crimes previstos na Lei 11.343/06 com outros cujo rito previsto é o ordinário, este deve prevalecer, porquanto, sob perspectiva global, ele é o que permite o melhor exercício da ampla defesa.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 116.374/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCESSUAL ESTABELECIDO PELA LEI N.º 11.343/06. CONEXÃO COM DELITOS PREVISTOS NA LEI N.º 10.826/03. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. 4. ORDEM DENEGADA.

1. Verificando-se a existência de conexão ou continência entre o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que possui rito peculiar, e outras infrações penais, cujo o previsto é o ordinário, o procedimento a ser adotado será o ordinário, ressalvados os da competência absoluta do júri e das jurisdições especiais. In casu, são imputados, ainda, a outros 15 (quinze) corréus, delitos sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, previstos na Lei n.º 10.826/03, sendo esses crimes conexos e de semelhante gravidade.

2. Ordem denegada.

(HC 130839/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 14/09/2009)

Entretanto, embora no caso em apreço o Juízo singular tenha expressamente adotado o rito previsto na legislação especial, o que indicaria atuação contrária ao citado entendimento jurisprudencial, é certo que ao final da instrução criminal a paciente se viu absolvida do crime capaz de atrair a adoção do rito comum ordinário, razão pela qual não há que se falar em prejuízo na irregularidade apontada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isto porque, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado o prejuízo dela decorrente, circunstância que impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal.

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).

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06). DEFESA PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. JUIZ NOMEOU DEFENSOR DATIVO PARA APRESENTAR A DEFESA EM OBEDIÊNCIA AO ART. 55, § 3.º, DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. É imprescindível quando se fala em nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie.

(...)

3. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 140.700/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO FÊNIX. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO. 1. PRISÃO PREVENTIVA. SUPOSTA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. SUPERVENIENTE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANTENÇA DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. NOVO TÍTULO JUDICIAL. PLEITOS PREJUDICADOS. 2. ESCUTA AMBIENTAL. REALIZADA POR UM DOS RÉUS. CONHECIMENTO DA GRAVAÇÃO PELOS DEMAIS ACUSADOS. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 3. DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA ALEGADA. PEÇA FACULTATIVA. ANTIGA REDAÇÃO DO CPP. DEFESA PRELIMINAR APRESENTADA. 4. MESCLA DE RITOS. PREJUÍZO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 5. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. A não apresentação da defesa prévia a que se referia o artigo 395 do Código de Processo Penal, em sua anterior redação, por si só, não gera qualquer nulidade, constituindo faculdade da defesa, ocorrendo ainda, na hipótese, a apresentação da defesa preliminar antes do recebimento da exordial acusatória, sendo possibilitado o arrolamento de 8 (oito) testemunhas.

4. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa seja ante a mencionada mescla de ritos processuais ou pela ausência da defesa prévia, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.

5. Ordem denegada.

(HC 111.321/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011)

Portanto, tratando-se de eiva relativa e inexistente o prejuízo, já que a paciente foi absolvida da acusação pela prática de delito que atrairia a incidência do rito comum ordinário, não há o que se falar em constrangimento ilegal sanável pela via eleita.

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0133878-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 180.033 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 6762008

990102872653

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NEIDE APARECIDA DE PAULA JÚNIOR CHERVENHAK (PRESO)

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, denegou a ordem."

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