



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.137.979 - SP (2017/0176439-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUZ MARINA GIMENEZ CANO
AGRAVANTE : JULIO CESAR SALINA
ADVOGADO : MERHY DAYCHOUM - SP203965
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA. NULIDADES. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DO REDUTOR E ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. QUESTÕES APRECIADAS EM *HABEAS CORPUS*. PEDIDO PREJUDICADO. AGRADO DESPROVIDO.

1. Inexiste violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal tendo em vista que o Tribunal Estadual expôs, fundamentadamente, as razões que levaram à conclusão do julgado.
2. Inviável o acolhimento de recurso especial cuja argumentação apresentada contrapõe-se as considerações fáticas feitas pelo acórdão recorrido, ante a incidência da Súmula n. 7/STJ.
3. No processo penal vigora o princípio *pas de nullité sans grife*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). As assertivas de nulidade desprezam argumentos lançados no acórdão recorrido - como a falta de requerimento de oitiva da testemunha em várias oportunidades pela defesa, o reinterrogatório dos acusados ao final da instrução e após a juntada do laudo pericial - o que torna carente de plausibilidade jurídica as teses sustentadas.
4. O pedido de aplicação do redutor e de alteração do regime prisional foi apreciado pela Quinta Turma desta Corte por ocasião do julgamento do HC n. 390.043/SP, de minha relatoria, impetrado em favor dos aqui agravantes, tendo sido denegada a ordem, por unanimidade.
5. Esta Corte tem entendimento no sentido de que fica prejudicado o agravo ou o recurso especial que teve objeto julgado em sede de *habeas corpus*.
6. Agravo regimental desprovido.



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), 21 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.137.979 - SP (2017/0176439-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUZ MARINA GIMENEZ CANO
AGRAVANTE : JULIO CESAR SALINA
ADVOGADO : MERHY DAYCHOUM - SP203965
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto por LUZ MARINA GIMENEZ CANO e JÚLIO CESAR SALINA contra a decisão que conheceu parcialmente do seu agravo e, nessa extensão, negou-lhe provimento, julgando prejudicado o pedido de aplicação do art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006 e de alteração do regime prisional.

Insistem os agravantes na violação do art. 619 do CPP, aduzindo que o acórdão recorrido, ao rejeitar os embargos, somente ratificou a mesma fundamentação, sem aclarar as omissões, obscuridades e contrariedades apontadas.

Sustentam ser caso de reavaliação e não de reexame da prova, não incidindo, quanto às nulidades por ofensa aos arts. 209, 212 e 213 do CPP, a Súmula 7/STJ.

Ademais, no tocante à suposta prejudicialidade do recurso quanto ao pedido de aplicação do redutor e alteração do regime prisional, apontam que "*a quantidade da droga não é pressuposto legal para obstaculizar a implementação do redutor (...) na medida que deveria ser considerada na primeira fase da dosimetria da pena (...) não como requisito subjetivo de que os recorrentes integrem organização criminosa*" (e-STJ fl. 1.499).

Requerem, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou sua submissão ao colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.137.979 - SP (2017/0176439-6)

VOTO

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

Os agravantes não trouxeram qualquer novo argumento capaz de alterar a conclusão do *decisum* agravado.

Observo que o recurso especial foi interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que confirmou a condenação dos agravantes por infração ao art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, no mínimo legal, em regime inicial fechado.

Na ocasião, afirmaram os acusados que, ao confirmar a condenação e negar as nulidades suscitadas pela defesa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e arts. 186, 209, 212 e 213 e 619 do CPP, bem como ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Alegaram que o acórdão omitiu-se na apreciação de questões e teses suscitadas nos embargos declaratórios opostos ao acórdão da apelação.

Insistiram que o silêncio do agravante Júlio Salina, na fase inquisitorial, foi interpretado em seu desfavor e utilizado como elemento de convicção para a decretação do édito condenatório.

Afirmaram que *"o fundamento lançado no v. acórdão, pontuando que a defesa não requerera de forma expressa a impugnação do laudo juntado e tampouco tivera a cautela de arrolar como testemunha a nominada pessoa de Sandrinho, permissa venia, despreza à toda evidência o pleito formulado no piso, requerendo a oitiva do mesmo como testemunha do juízo, na medida que o momento processual oportuno para arrolar testemunhas - na resposta à acusação, consoante os artigos 55 da Lei 11.343/06 e 396-A do CPP - havia se consumado, destarte, ocorrendo a preclusão para tanto,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posto que a juntada do laudo se dera após o encerramento da instrução processual" (e-STJ fl. 1.416), fere o disposto no art. 209 do CPP, uma vez que a coincidência da existência de um mesmo contato nos telefones dos acusados Luiz e Aldir só veio a lume após o encerramento da instrução processual, com a juntada do laudo pericial, sendo certo que o reinterrogatório foi determinado para sanar outra nulidade, qual seja, a realização do interrogatório no início da instrução criminal.

Requereram a declaração de nulidade do feito, por violação do art. 213 do CPP, uma vez ter sido desprezado pelo acórdão recorrido o fato de que qualquer apreciação pessoal pela testemunha, no caso, policial civil, é expressamente vedada pela norma processual.

Acrescentaram que a violação da ordem de inquirição de testemunhas consubstancia nulidade absoluta, ainda que tenha havido novo interrogatório dos acusados.

Sustentaram, ainda, ofensa ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez terem sido absolvidos do crime de associação para o tráfico, o que torna contraditório o fundamento de que *participavam de uma organização criminosa*. A utilização da quantidade da droga para a não aplicação do redutor, no caso, 167kg de maconha, se deu em inoportuno momento e ao arrepio do referido comando normativo, porquanto somente tem relevância na primeira fase da dosimetria da pena, para fins de fixação da pena-base.

De igual, o estabelecimento do regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito é vedada pelas Cortes Superiores do País.

Ao apreciar o recurso, teci as seguintes considerações sobre as teses ventiladas no recurso, *in verbis* (e-STJ fls. 1.482/1.488):

Inicialmente, com relação à suposta violação do artigo 619 do Código de Processo Penal, nota-se não assistir razão aos ora agravantes, tendo em vista que o Tribunal Estadual expôs, fundamentadamente, as razões que levaram à conclusão do julgado. Todas as questões postas a debate foram efetivamente decididas, não havendo que se falar em omissão ou ausência de fundamentação nas decisões, não constando do acórdão embargado os defeitos previstos nos citados dispositivos do Estatuto Processual Penal, mas decisão adversa à pretendida pela parte, o que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enseja a nulidade sustentada.

Não há falar em nulidade por ofensa ao princípio do direito ao silêncio, mormente porque, como ressaltou o acórdão recorrido, a "sentença (...) não interpretou o silêncio em desfavor dos réus, mas apenas entendeu estranha essa mudez diante da acusação que era feita pelos policiais, ficando também consignado que isso não o prejudicaria no julgamento" (e-STJ fl. 1.369).

A condenação não foi lastreada no silêncio do acusado na esfera policial, mas nas provas carreadas aos autos. Assim, não há falar em nulidade ou desconstituição da condenação. A propósito, confira-se a orientação do STF e desta Corte:

(...).

No tocante às nulidades por ofensa aos arts. 209, 212 e 213 do CPP, o acolhimento da pretensão recursal demandaria amplo reexame do contexto fático-probatório carreados aos autos, vedado pela Súmula n. 7/STJ, tendo em vista que os argumentos apresentados contrapõem as considerações feitas pelo acórdão recorrido, do seguinte teor, no que interessa (e-STJ fls. 1.367/1.371):

Não há nulidade: 1. pela não inquirição da testemunha Sandro Roberto Seifert, pois: a. o laudo pericial dos aparelhos telefônicos foi juntado aos autos em 11.06.2012 (fls.824/870); b. a Defesa de JÚLIO e LUZ juntou seus memoriais em 12.07.2012, ou seja, teve cerca de um mês para apreciar, requerer ou impugnar a prova nessas alegações finais, mas, mesmo assim, não pediu a inquirição da testemunha Sandro; c. para se evitar nulidades, após a juntada do laudo dos aparelhos telefônicos, o Juiz deferiu o pedido dos Réus, convertendo o julgamento e diligência para novos interrogatórios, a fim de se evitar o cerceamento de defesa; d. nesses novos atos, não houve novamente requerimento da inquirição da testemunha Sandro; e. intimada a apresentar novo memorial, a Defesa de JÚLIO e LUZ olvidou-se novamente de reclamar essa mesma providência (não há qualquer manifestação autônoma e específica da Defesa nesse sentido, tampouco há referências nas alegações finais, não havendo, pois, que se falar em cerceamento de defesa ou violação do princípio da ampla defesa); f. ciente da ausência da testemunha, asseverou que não possuía prova oral a produzir. Assim, não pode agora, diante de uma sentença condenatória, alegar cerceamento quando demonstrou que não tinha interesse em produzir a prova; g. a Defesa também não explicou, de maneira satisfatória, de que forma ela beneficiaria os Réus - não houve satisfação do requisito indicado no artigo 563 do Código de Processo Penal; h. o juiz pode dispensar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intimação e a apresentação de testemunhas ou qualquer outro tipo de prova de considere qualquer outro tipo de prova de considere inútil e impertinente para formação do seu livre convencimento, como aqui corretamente o fez (artigo 400, § 1º, segunda parte, do Código de Processo Penal), acrescentando-se sobretudo que se trata de requerimento para inquirição de testemunha como do Juízo (artigo 209 do Código de Processo Penal), já que não arrolada oportunamente, o que não é um direito da parte, mas uma faculdade do julgador, se assim entender necessário e relevante (e aqui não é); (...). 4. No depoimento do policial Reginaldo que supostamente teria externado impressão pessoal (afrontando o art. 213 do Código de Processo Penal), já que não se vislumbra que a testemunha tenha emitido juízo de valor sobre os fatos, mas sim que traduziu sentimentos pessoais os quais entendeu necessários para elucidação desse episódio, como permite a ressalva da parte final desse mesmo artigo); 5. Por violação ao art. 212 do Código de Processo Penal, ante o sistema presidencialista adotado pelo Juiz na inquirição das testemunhas, observado que: a) as Cortes Superiores têm decidido que não passa de nulidade relativa o juiz iniciar o questionamento das testemunhas, cuja decretação não prescinde de comprovação de prejuízo e oportuna arguição, o que aqui não aconteceu; b.(...). c. Os Tribunais superiores entendem que; c.1. Esse ato somente é passível de nulidade relativa, caso comprovado o prejuízo da parte. c.2. Não viola o artigo 212 do Código de Processo Penal; c.3. (...).

Assinala-se que no processo penal vigora o princípio pas de nullité sans grife, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal).

Destarte, as alegações desprezam argumentos lançados no acórdão recorrido - como a falta de requerimento para oitiva da testemunha em várias oportunidades pela defesa, o reinterrogatório dos acusados após a juntada do laudo pericial - o que torna carente de plausibilidade jurídica as teses sustentadas.

Ainda, especificamente sobre o art. 212 do CPP, registro que "Este Sodalício Superior possui entendimento de que, não obstante 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. É necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo, por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade" (REsp. 1.580.497/AL, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

Na hipótese, em face do reinterrogatório após a colheita da prova oral, na qual as defesas poderiam contrapor tudo o que foi dito pelas testemunhas de acusação, não se constata qualquer prejuízo, não havendo falar, portanto, em nulidade.

No mesmo sentido:

(...).

Por fim, as questões relativas à aplicação do redutor e regime prisional foram apreciadas pela Quinta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 390.043/SP, de minha relatoria, impetrado em favor dos aqui agravantes, tendo sido denegada a ordem, por unanimidade, em acórdão que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA. PACIENTES QUE INTEGRAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste 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. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa ou integra organização criminosa.

3. No caso, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da redutora por entender que o paciente integrava organização criminosa, tendo em vista quantidade de droga - 167 kg de maconha.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

6. No caso, verifico que a quantidade da droga apreendida justifica a fixação do regime fechado.

7. Habeas corpus não conhecido. (DJe 4/5/2017).

Em relação à incidência do redutor e a fixação do regime prisional, ao julgar o citado *habeas corpus* afirmou-se que:

Portanto, extrai-se que as instâncias ordinárias formaram sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que os pacientes integravam organização criminosa, tendo em vista a quantidade de drogas apreendida - 167 kg de maconha.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa, como na espécie.

A propósito:

(...).

Da leitura do acórdão, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado sem fundamentação suficiente para tanto, pois, como visto, a gravidade abstrata não constitui motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Contudo, no caso, verifico que a quantidade da droga apreendida - 167 kg de maconha - inclusive, sopesada para afastar a causa especial de diminuição da pena, justifica a fixação do regime fechado.

Reitero que esta Corte tem entendimento no sentido de que fica prejudicado o agravo ou o recurso especial que teve objeto julgado em sede de *habeas corpus*. A propósito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MESMO OBJETO DE HABEAS CORPUS JÁ JULGADO. REITERAÇÃO DE PEDIDOS. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANÁLISE PREJUDICADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Recurso recebido como agravo regimental, em observância ao princípio da fungibilidade recursal, pois suas razões não apontam qualquer omissão, contradição ou obscuridade para justificar a oposição de embargos de declaração.

2. Encontra-se prejudicado o agravo em recurso especial que teve seu objeto inteiramente julgado em sede de habeas corpus, não se mostrando razoável o julgamento do mesmo objeto em duplicidade.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no AREsp. 156.602/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 28/08/2017)

Ante o exposto, subsistentes os fundamentos da decisão agravada, **nego provimento** ao agravo.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0176439-6

AgRg no
AREsp 1.137.979 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00059496220118260408 00240000 240000 665/2011 6652011 RI002YGJ40000

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: LUZ MARINA GIMENEZ CANO
AGRAVANTE	: JULIO CESAR SALINA
ADVOGADO	: MERHY DAYCHOUM - SP203965
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: ALDIR RAMOS DE OLIVEIRA JUNIOR

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	: LUZ MARINA GIMENEZ CANO
AGRAVANTE	: JULIO CESAR SALINA
ADVOGADO	: MERHY DAYCHOUM - SP203965
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.