EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.728.794 - PR (2018/0052740-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
EMBARGANTE	:	ROBERTO VALENTIN DE FARIA
ADVOGADOS	:	MABLON FRAGA - PR059740
		LIGIA VANESSA BELIDO BARBOSA - PR058371
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO

Trata-se embargos de declaração opostos por **ROBERTO VALENTIN DE FARIA** de decisão que neguei provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 687-693).

Alega o embargante a ocorrência de erro material na parte dispositiva, visto que o art. 34, VIII, "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não se refere à competência de negar provimento ao recurso especial, mas sim o inciso XVIII, "b", do referido artigo.

Sustenta também haver contradição na decisão impugnada em razão de considerar a leitura da denúncia às testemunhas como nulidade relativa, na qual deve ser demonstrado o efetivo prejuízo, mas não levou em conta que os depoimentos dos policiais foram uníssonos e harmônicos justamente pelos fatos terem sido reproduzidos minutos antes da oitiva. Dessa forma, o efetivo prejuízo está demonstrado pelo próprio decreto condenatório fundamentado nos relatos dos policiais.

Aduz, por fim, omissão por não ter tratado do fato de que a instância antecedente incorreu em *bis in idem* ao sopesar os antecedentes do acusado na primeira e na terceira etapa da dosimetria.

Requer, assim, que sejam supridas as questões apresentadas.

É o relatório.

Decido.

Os embargos merecem ser acolhidos em parte.

Dispõe o Código de Processo Penal:

> "Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão."

Colhe-se da decisão embargada:

> "Inicialmente, quanto à violação dos arts. 212, parágrafo único, 564, IV, ambos do Código de Processo Penal, não assiste razão à defesa.
> O Tribunal de origem refutou as supostas nulidades em decisão assim motivada:
>
> > 'Desde logo, não merece guarida a alegação de que a leitura da denúncia, pelo Magistrado, previamente à oitiva dos policiais militares influiu na versão judicial apresentada, notadamente porque, como se verá adiante, referidos agentes, individualmente, narraram os fatos de forma harmônica e detalhada em Juízo.
> > Há que se destacar, ainda, que o testemunho judicial dos

policiais está em perfeita consonância com a versão apresentada na fase extrajudicial o que reforça, mais uma vez, que não houve o condicionamento das supracitadas testemunhas pela leitura prévia da denúncia na audiência.
[...]
O recorrente argumenta, mais, que os questionamentos iniciais foram feitos pelo MM. Magistrado, o que viola o disposto no art. 212, do Código de Processo Penal.
Sem razão, contudo.
[...]
Com a modificação do dispositivo ora analisado, referida lei inovou o procedimento de inquirição de testemunhas no que diz respeito à formulação de perguntas diretamente pelas partes, sem a necessidade da intervenção do Juiz para refazê-las. Ademais, prevê-se também que o il. Julgador poderá complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos.
Tal alteração legislativa, por certo, pretende sobrepujar o sistema acusatório em detrimento do inquisitório, na medida em que transferiu às partes a primazia da produção da prova.
Contudo, conforme ensinam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, a mera inversão de tal ordem de inquirição configura mera irregularidade, de modo que não é suficiente para afetar, por si só, a imparcialidade do julgador nem tampouco o sistema acusatório. Há que se demonstrar, por meio de elementos concretos, os prejuízos causados:
[...]
Com efeito, estabelece o art. 563, do Código de Processo Penal: 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'.
Nesse caminho, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a inversão da ordem de inquirição estabelecida pelo art. 212, do Código de Processo Penal, caracteriza mera nulidade relativa, razão pela qual requer a demonstração do prejuízo dela decorrente:
[...]
No caso, não se demonstrou o prejuízo para o réu decorrente das aventadas irregularidades, especialmente em virtude da participação do Defensor no referido ato e da sua consequente convalidação pelo causídico, que não se insurgiu no momento oportuno contra a ordem da inquirição das testemunhas e da leitura prévia da denúncia.
Diante da ausência de comprovação de prejuízo não há falar, portanto, em nulidade ante a inversão da ordem de inquirição estabelecida pelo art. 212, do Código de Processo Penal, e, ainda, da leitura da denúncia pelo Magistrado antes do depoimento dos agentes públicos' (e-STJ, fls. 566-571).

Em relação à primeira alegação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que 'não há se falar em nulidade da sentença condenatória, em virtude da leitura da denúncia antes da oitiva das testemunhas, quer por ausência de violação de princípio ou norma do processo penal quer por ausência de demonstração de eventual prejuízo. Como é cediço, a moderna processualística não

admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte, porquanto não se admite a forma pela forma" (HC 282.148/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016).

Do mesmo modo, vale anotar 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 inobservância dessa regra configura nulidade relativa, haja vista a manutenção da possibilidade de o juiz efetuar perguntas complementares às partes na busca da verdade real (AgRg no AREsp 1.260.066/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/6/2018, DJe 1º/8/2018).

Logo, como bem posto no acórdão recorrido, a declaração de invalidade processual decorrente dessa inversão exige demonstração de efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese

A seguir o seguinte jugado que respalda esse posicionamento:

> 'AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 619 DO CPP. INCONFORMISMO DA PARTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. VIOLAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DA OUVIDA DO PERITO OFICIAL. CERCEAMENTO DA DEFESA. AUSÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7/STJ. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PEREMPÇÃO. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Para admissão do recurso especial com base no art. 619 do Código de Processo Penal, a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição devem ser notórias, ou seja, imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes Superiores. No presente caso, não é o que se verifica, tratando-se, pois, de mero inconformismo da parte.
>
> 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu. Precedentes.
>
> 3. Na hipótese em apreço, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve a conduta atribuída ao acusado, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios. 4. Esta Corte possui entendimento de que "embora a nova redação [...] 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 nullitté 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. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 15/5/2014). No caso em exame não houve demonstração de efetivo prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Não há falar em cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de provas, mediante a existência de elementos suficientes nos autos para a formação de seu convencimento. Demais disso, a pretensão do ora recorrente esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ, uma vez que a modificação do entendimento firmado pela instância ordinária, no sentido da inocorrência do cerceamento de defesa e da desnecessidade da ouvida dos peritos oficiais, demandaria reexame da matéria fatico-probatória.

6. Encontra-se em consonância com o entendimento esposado por essa Corte Superior de Justiça o acórdão a quo, na medida em que se revela inaplicável a perempção em ação penal de iniciativa pública.

A aplicação do instituto é restrita às hipóteses de ação penal exclusivamente privada e de ação penal privada personalíssima, não abrangendo nem as hipóteses de ação penal subsidiária da pública - que poderá se proceder também mediante denúncia.

7. Agravo regimental não provido.'

(AgRg nos EDcl no REsp 1.492.636/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018).

[...]

Por fim, não há como reconhecer o tráfico privilegiado.

A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena em comento, aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido também que a existência de outros processos criminais contra o acusado, **ainda que sem condenação transitada em julgado**, embora não configurem maus antecedentes (Súmula 444/STJ), podem justificar o afastamento da minorante, quando evidenciar se tratar de um agente contumaz na prática delitiva.

Na hipótese, além de possuir feito em trâmite por delito também previsto na Lei de Drogas (AP n. 0009062-36.2016.8.16.0017), o recorrente ostenta maus antecedentes (AP n. 2004.649), oriundos de condenação anterior extinta pelo cumprimento da pena em 16/3/2007, sendo incabível, portanto, a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A propósito:

'PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL

NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO RECORRENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 1.431.091/SP. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. 2. "Embora a existência de inquéritos e ações penais em andamento não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constitui circunstância apta, em princípio, a evidenciar a dedicação a atividades criminosas, salvo hipóteses excepcionais" (HC 358.417/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016).

Ressalva do entendimento desta relatora.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.'

(AgRg no AREsp 1.110.385/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017).

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS CONTIDOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes.

2. Hipótese em que, além da quantidade de droga apreendida, há depoimento testemunhal dando conta da intensa movimentação de pessoas no imóvel do agravante, assim como notícia do registro de duas condenações por porte ilegal de arma de fogo e outros dois processos em curso pelos delitos de homicídio tentado e consumado, o que comprovam sua habitualidade delitiva, impedindo a aplicação do benefício legal em apreço.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados de

> que a revaloração jurídica dos fatos incontroversos descritos no acórdão recorrido não afronta o entendimento contido na Súmula 7 desta Corte, segundo o qual é vedado o reexame da matéria fático-probatória dos autos (Precedentes).
> 4. Agravo regimental não provido.'
> (AgRg no REsp 1.632.740/MG, de minha relatoria, julgado em 02/05/2017, DJe 08/05/2017).
>
> Convém anotar, ademais, que 'as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.' (HC 354.587/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª T., DJe 01/08/2016).
> Ante o exposto, com fundamento no art. 34, VIII, "b", do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial" (e-STJ, fls. 687-693).

Inicialmente, no que se refere ao alegado erro material, observo que, de fato, citei equivocadamente na parte dispositiva o art. 34, VIII, "b", do RISTJ, quando na verdade o inciso correto é o XVIII do referido artigo, devendo tal incorreção ser sanada.

Por outro lado, não merece prosperar a tese de existência de contradição na decisão impugnada, visto que, conforme se observa do excerto, a nulidade referida pelo embargante foi analisada com coerência, não sendo cabível em sede de embargos de declaração a revisão do caso por mero inconformismo da parte, pois, como recurso de correção, os aclaratórios destinam-se tão somente a suprir omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade existente no julgado.

A propósito:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. SÚMULA 7/STJ. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS QUE NÃO DIZEM RESPEITO À CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. SIMPLES PRETENSÃO DE REVISÃO DO JULGADO. EMBARGOS REJEITADOS.
> [...]
> 3. Os embargos de declaração são recurso com fundamentação vinculada. Dessa forma, para seu cabimento, imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal, o que não logrou fazer a embargante. Destarte, a mera irresignação com o entendimento apresentado na decisão, visando à reversão do julgado, não tem o condão de viabilizar a oposição dos aclaratórios.
> 4. Embargos declaratórios rejeitados.
> (EDcl no AgRg no AREsp 669.505/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe 25/8/2015)

Por fim, quanto à suposta omissão na análise da dosimetria penal,

verifica-se que tal questão trata-se de inovação recursal, pois, nas razões do apelo especial, a defesa não apresentou teses relativas a ocorrência de *bis in idem* por terem os antecedentes criminais sido sopesados na primeira e na terceira etapa do cálculo penal.

Dessa forma, "é vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1.592.657/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016).

A toda evidência, à exceção do erro material constado, não há o que ser reparado no julgado, pois o embargante não comprovou a existência de nenhum dos mencionados vícios. Pretende, portanto, revisar o julgado que lhes foi desfavorável, a fim de que as questões suscitadas sejam solucionadas de acordo com as teses que julgam corretas.

Diante do exposto, **acolho** parcialmente os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, para o fim específico de corrigir o dispositivo da decisão embargada. **Na parte em que se lê:** "Ante o exposto, com fundamento no art. 34, VIII, "b", do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial"**, leia-se:** "Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, "b", do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial ".

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator