

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.798 - RS (2015/0178926-8)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**RECORRENTE : ROBERTO PERES LOPES**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **ROBERTO PERES LOPES**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado na parte que interessa:

"[...]

2. Em recurso, o Ministério Público requer a declaração de inabilitação dos réus para a condução de veículos automotores. A defesa de R.L.P. alega, preliminarmente, a nulidade do feito, por ausência de defesa prévia e pela adoção do rito especial da Lei de Drogas. No mérito, sustenta que o conjunto probatório dos autos é insuficiente para sustentar um decreto condenatório do acusado. Defende, no ponto, que a prova se cinge a trechos da interceptação telefônica, desrespeitando o art. 8º da Lei 9.296/96, pois não foi totalmente apensada aos autos, o que viola o princípio da ampla defesa. Alternativamente, requer o afastamento das qualificadoras do emprego de arma e do concurso de agentes. [...]

3. No concurso entre crime da Lei de Drogas e sujeito ao procedimento comum, deve ser adotado aquele que é mais amplo, qual seja, o comum ordinário. Entretanto, a adoção irregular do rito especial, nos termos da jurisprudência e do art. 563 do CPP, é causa de nulidade relativa, dependendo de oportuno protesto e demonstração de prejuízo, o que não ocorreu no caso. Preliminar afastada.

4. Não há por que desacreditar da versão apresentada pelos policiais, que relataram minuciosamente, de forma uníssona e uniforme, as circunstâncias da prisão. A prisão dos acusados se deu a partir de informação obtida em interceptação telefônica da Polícia Civil no celular de um dos réus. Durante a investigação, os agentes identificaram a combinação de um roubo entre D.S e R.P.L.. Em uma das ligações entre R.P.L. e B.R.S., foi possível identificar que a outra pessoa que iria utilizar a moto era D.S. Após a informação de que um laboratório havia sido roubado, a vítima foi levada para fazer reconhecimento em um dos réus, tendo ela confirmado que o autor do delito seria D.S. A ré B.R.S. foi localizada e quando da revista em sua casa, foi localizado um tijolo de maconha, que pertencia ao réu D.S. Pelas provas colhidas, a autoria é certa quanto aos réus, amparada no testemunho da vítima do roubo, na interceptação telefônica e na droga apreendida. A partir das provas produzidas, não houve dúvida que a droga pertencia ao acusado D.S. e, pela análise das circunstâncias do art. 28, §2º, da Lei 11.343/06, não fica dúvida

da destinação à traficância. Condenações mantidas." (e-STJ, fl. 369)

Os embargos opostos foram acolhidos para sanar omissão, porém sem efeitos infringentes (e-STJ, fls. 401-410).

Nas razões do apelo nobre a defesa aponta negativa de vigência ao artigo 79 do Código de Processo Penal, sustentando que, havendo conexão entre os crimes de roubo e de tráfico de drogas, como na espécie, deveria ter sido adotado o rito ordinário e não rito especial, como se deu no caso.

Afirma, ademais, afronta aos artigos 157 do Código de Processo Penal e 8º da Lei n. 9.296/1996, bem como ao disposto no artigo 5º, XII e LVI, da Constituição Federal, ao argumento de que a condenação do réu "está assentada em prova ilícita, pois a interceptação telefônica realizada se mostra imprestável a tanto" (e-STJ, fl. 422). Aduz que não houve o apensamento dos autos da interceptação, "de forma que há total cerceamento de defesa, pois esta não teve acesso às gravações realizadas" (e-STJ, fl. 423). Além disso, não teria sido demonstrado que a interceptação seria medida imprescindível, não se podendo buscar a prova por outro meio legal.

Requer o provimento do recurso, declarando-se a nulidade do processo e a ilicitude da prova, determinando-se o seu desentranhamento do feito e a consequente absolvição do recorrente.

Contrarrazões às fls. 459-469 (e-STJ).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do inconformismo e, acaso conhecido, pelo seu improvimento (e-STJ, fls. 544-551).

**É o relatório.**

Decido.

Inicialmente, no que toca à alegada violação ao artigo 5º, XII e LVI, da Constituição Federal, cumpre ressaltar que não compete a esta Corte o enfrentamento de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, a pretensão trazida no especial com relação ao artigo 5º, XII e LVI, da Constituição Federal, exorbita os limites normativos delineados no art. 105, III, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. COMPETÊNCIA DO STF. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. ROUBO. CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. Compete ao Supremo Tribunal Federal analisar eventual existência de ofensa a princípios ou dispositivos constitucionais, não cabendo a esta Corte se pronunciar acerca de eventual violação à Constituição Federal sob pena de usurpação da competência.**

[...]

**4. Agravo regimental desprovido."**

(AgRg no REsp 1.668.004/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe

02/10/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ASSERTIVA DE OMISSÃO DA SENTENÇA EM RELAÇÃO À PRELIMINAR. NULIDADE DO FEITO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

**2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça se manifestar explicitamente acerca de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.**

Agravo regimental desprovido."

(AgRg nos EDcl no AREsp 905.964/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017, grifou-se.)

No que toca à sustentada nulidade do feito pela adoção do rito especial previsto para o crime de tráfico ao invés do ordinário, assim consignou a Corte de origem:

"De acordo com a moderna jurisprudência e diante da redação expressa do art. 563 do CPP, não se cogita da declaração da nulidade sem a devida demonstração do prejuízo, independentemente de ser ela reputada relativa ou absoluta, na terminologia clássica. É o que indicam, entre tantos outros, os precedentes do STF, no paradigmático HC 85.155/SP, e o STJ, a exemplo dos HC 184530/RJ e HC 267598/MG, que consigna expressamente que 'Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal.'

No presente caso, além de não ter sido demonstrado o prejuízo advindo da adoção de rito diverso, tampouco houve oportuna demonstração de protesto (fl. 169). Não há qualquer sentido em ver a defesa o ato supostamente nulo ser praticado na sua frente para vir depois alegá-lo." (e-STJ, fls. 375-376)

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*.

No caso, muito embora não tenha sido adotado o rito ordinário, a Corte de origem consignou a não demonstração de prejuízo à defesa quanto à adoção do rito especial previsto para o crime de tráfico.

Ademais, o Tribunal local destacou que a insurgência da defesa quanto ao

rito adotado ocorreu tardiamente.

Acerca da adoção de rito diverso do cabível pela espécie de crime, a Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça já entendeu que "Considerando que tanto nos casos de nulidade relativa como nos casos de nulidade absoluta é imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, a adoção de procedimento incorreto só poderia ter o condão de macular o andamento da ação penal caso restasse demonstrada a extensão do dano efetivamente suportado" (HC 234.942/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014).

Assim, tendo as instâncias ordinárias afirmado que não houve comprovação de prejuízo, não há falar em nulidade processual.

Nessa linha de raciocínio, citam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] ROUBO QUALIFICADO. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS DISPONÍVEIS PARA LOCALIZAR O RÉU. INOCORRÊNCIA. ACUSADO NÃO ENCONTRADO NO SEU ENDEREÇO RESIDENCIAL. NOTÍCIAS DE QUE SE EVADIU DO DISTRITO DE CULPA APÓS A PRÁTICA DO CRIME. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

[...]

2. A pretensão de reconhecer a nulidade da citação resta devidamente superada quando a parte constitui advogado nos autos, circunstância apta a demonstrar que o acusado tomou ciência dos fatos a ele imputados.

DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA Á ACUSAÇÃO PELA DEFENSORIA E AUSÊNCIA DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS DURANTE A AUDIÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA INEXISTENTE.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

[...]

3. Agravo parcialmente provido para redimensionar a pena do agravante para 5 anos e 4 meses de reclusão." (AgRg no AREsp 1.076.476/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 10/10/2018);

"PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE REABERTURA DO PRAZO PARA ADITAR A RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

[...]

3. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tanto nos casos de nulidade relativa como nos de nulidade absoluta, aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, sendo imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo (AgRg no REsp 1525861/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).

4. Na espécie, o recorrente não demonstrou em que o indeferimento do pleito de reabertura do prazo para a resposta à acusação, após o aditamento da denúncia que descreveu a participação de corréu no evento criminoso, prejudicou sua defesa, pois não indicou quais provas poderiam ser produzidas, tampouco apontou diligências que poderiam ser realizadas, o que afasta o pleito de reconhecimento da nulidade.

5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido." (RHC 57.415/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018).

Ademais, para alterar o entendimento do Tribunal de origem e concluir que a adoção do rito especial teria ocasionado prejuízo à defesa de modo a justificar a declaração de nulidade do processo, seria inevitável a incursão no arcabouço fático-probatório dos autos, providência inviável na estreita via do especial, conforme prevê a Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Ilustrativamente,

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTO NOVO. VISTA À PARTE ADVERSA. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REEXAME DE PROVA. INVIABILIDADE.

1. A nulidade por cerceamento de defesa somente será reconhecida caso seja demonstrado o prejuízo em razão da juntada de documento sem abertura de prazo para manifestação da parte contrária 2. Rever as conclusões do acórdão recorrido acerca da ausência de prejuízo à defesa demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 732.146/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 14/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS. SÚMULA 7/STJ.

1. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da nulidade do processo administrativo em apreço, devido à ocorrência do cerceamento do direito de defesa do ora recorrido, em virtude da ausência do contraditório e da ampla defesa, demanda o

reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

2. Agravo interno não provido."

(AgInt no AREsp 810.395/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016)

Por fim, no que se refere à apontada afronta ao artigo 8º da Lei n. 9.296/1996, sob a alegação de ilicitude da prova obtida por meio de interceptação telefônica, observa-se que a Corte local assim consignou:

"No presente caso, efetivamente, não foram juntadas as mídias e tampouco foram trazidas integralmente as interceptações. As escutas trazidas aos autos são aquelas constantes do relatório policial de fls. 88/92.

Cabe salientar que é desnecessária a integral transcrição das escutas, mas em princípio necessária a sua disponibilização, para conferência da defesa, se assim entender.

Tenho contudo, que a preliminar não é de ser acolhida. Colhe-se que a defesa não efetuou pedido de juntada dos CDs durante a instrução, bem como não comprovou prejuízo, verificando-se só em sede de memoriais se pronunciou em relação à falta de juntada dos registros interceptações (nem mesmo postulou, frente ao juízo, a reabertura da instrução para a devida juntada). Não desconheço a jurisprudência que aponta no sentido de que a ausência integral das escutas e da comprovação da autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico é nulidade absoluta, que prescinde de prova do prejuízo e oportuna arguição, mas tenho que, no caso, tal não se aplica. Com efeito, em primeiro lugar, é questão absolutamente tranqüila no STF, sobretudo após o HC 85.155/SP, que qualquer nulidade, para ser reconhecida, necessita demandar prejuízo e, em segundo lugar, não há qualquer arguição no sentido de que as escutas não tem o sentido e o significado que lhe apontou, em primeiro lugar a autoridade policial e, em segundo, o Ministério Público. Não há qualquer confronto de versões - entre uma possível versão defensiva que aponte que não se trata de conversa ligada aos crimes imputados, sustentada pela acusação - a apontar que a mídia sonegada pudesse alterar o rumo das conclusões a que chegou a sentença. Ao que se vê, pelo conjunto das discussões levadas a cabo no mérito, os registros telefônicos somente se somam às demais provas da participação no crime.

Cabe salientar, especificamente, que as escutas não são prova única da autoria, bem como fazem parte de outra investigação (homicídio relatado pelo policial Toledo), o que explica o fato de não vir juntada ao feito.

Fossem os diálogos trazidos engendrados pela autoridade policial para demonstrar injustamente a autoria, seria de supor que poderiam ser até mais incriminatórios e em maior expressão." (e-STJ, fls. 408-410)

Consoante se constata, a Corte de origem novamente ressaltou a ausência de demonstração de prejuízo pela defesa, o que remete ao entendimento jurisprudencial acima esmiuçado, no sentido de que a nulidade processual, absoluta ou relativa, para ser reconhecida e declarada, deve ocasionar efetivo prejuízo a ser demonstrado pela defesa.

Outrossim, frisou-se no acórdão recorrido que a autoria dos crimes imputados ao recorrente não foi comprovada apenas com as conversas telefônicas oriundas da interceptação, uma vez que "os registros telefônicos somente se somam às demais provas da participação no crime" (e-STJ, fl. 410). Desta feita, com mais razão não se vislumbra o prejuízo à defesa que autorize a declaração da nulidade pleiteada, uma vez que o Colegiado local asseverou que a condenação não se apoiou exclusivamente na citada prova.

Ante o exposto, com amparo no artigo 255, § 4º, I e II, do RISTJ, **conheço parcialmente** do recurso especial e, na extensão, **nego-lhe provimento**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Ministro

