



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560769 - SC (2020/0030775-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : CLEBER ROBERTO FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção dessa Corte Superior, no julgamento da Revisão Criminal n. 5.563/DF, em 12/5/2021, firmou entendimento de que "*a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal*" (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

2. No caso, a defesa não impugnou a nulidade de inversão do interrogatório na audiência de instrução em que ocorrido o alegado vício, circunstância que importa na ocorrência de preclusão, fundamento sequer infirmado nesta oportunidade; tampouco logrou demonstrar o prejuízo concreto sofrido pelo agravante, o que afasta o reconhecimento da nulidade apontada.

3. Consoante entendimento desta Corte, "*não se identifica prejuízo derivado da realização de interrogatório antes da oitiva das testemunhas de acusação se a leitura da sentença revela que, em sua oitiva, o réu teve oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, devidamente analisada pelo magistrado, e que os depoimentos prestados por policiais em juízo apenas referendaram narrativa já existente no Boletim de ocorrência e no Relatório final de inquérito policial, documentos esses aos quais a defesa teve acesso antes do interrogatório, não se podendo, assim, afirmar que o réu não teria tido oportunidade de refutar, em seu interrogatório, as versões*

apresentadas pelos policiais ouvidos em juízo" (AgRg no HC n. 680.538/ES, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021).

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/03/2023 a 13/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 13 de março de 2023.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 560769 - SC (2020/0030775-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : CLEBER ROBERTO FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção dessa Corte Superior, no julgamento da Revisão Criminal n. 5.563/DF, em 12/5/2021, firmou entendimento de que *"a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal"* (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

2. No caso, a defesa não impugnou a nulidade de inversão do interrogatório na audiência de instrução em que ocorrido o alegado vício, circunstância que importa na ocorrência de preclusão, fundamento sequer infirmado nesta oportunidade; tampouco logrou demonstrar o prejuízo concreto sofrido pelo agravante, o que afasta o reconhecimento da nulidade apontada.

3. Consoante entendimento desta Corte, *"não se identifica prejuízo derivado da realização de interrogatório antes da oitiva das testemunhas de acusação se a leitura da sentença revela que, em sua oitiva, o réu teve oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, devidamente analisada pelo magistrado, e que os depoimentos prestados por policiais em juízo apenas referendaram narrativa já existente no Boletim de ocorrência e no Relatório final de inquérito policial, documentos esses aos quais a defesa teve acesso antes do interrogatório, não se podendo, assim, afirmar que o réu não teria tido oportunidade de refutar, em seu interrogatório, as versões*

apresentadas pelos policiais ouvidos em juízo" (AgRg no HC n. 680.538/ES, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021).

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por CLEBER ROBERTO FERREIRA DA SILVA contra decisão de minha relatoria, às e-STJ fls. 529/542, por meio da qual afastei a nulidade referente à inversão do interrogatório, e concedi parcialmente a ordem quanto à dosimetria da pena.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado às penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento, pelo período de 5 meses, a programas e curso educativos, tendo em vista a prática de infração prevista no art. 28, II, §§ 3º e 5º, da Lei n. 11.343/2006.

Narra a denúncia que o réu foi surpreendido com 19,1g (dezenove gramas e um decigrama) de *crack*; 8,3g (oito gramas e três decigramas) de cocaína; e 10 (dez) mudas de maconha cultivadas em um vaso plástico (e-STJ fls. 61/63).

Houve a interposição de recurso tanto pela defesa quanto pela acusação, provido o último nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fls. 391/392):

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33, CAPUT, E 33, § 1º, C/C 40, III, TODOS DA LEI N. 11.343/2006. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS PARA A PREVISTA NO ART. 28, CAPUT, DO MESMO DIPLOMA NORMATIVO. RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA.

*APELO DO PARQUET. PLEITO CONDENATÓRIO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA VERIFICADAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. AINDA QUE UM DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE NÃO RECORDE DA OCORRÊNCIA EM JUÍZO, A ABORDAGEM E AS PECULIARIDADES DO CASO FORAM CORROBORADAS PELO OUTRO POLICIAL MILITAR TAMBÉM OUVIDO EM AUDIÊNCIA JUDICIAL. AGENTE ESTATAL QUE CONFIRMA, EM JUÍZO, TER APREENHIDO AS DROGAS JÁ FRACIONADAS EM POSSE DO RÉU E QUE, EM CAMPANA, O VISUALIZARAM REALIZANDO A TRAFICÂNCIA. CREDIBILIDADE DOS SEUS DIZERES. DEPOIMENTO QUE CONFIRMA AS DECLARAÇÕES PRESTADAS POR AMBOS OS POLICIAIS MILITARES NA DELEGACIA DE POLÍCIA. TESE DO RÉU NO SENTIDO DE QUE AS DROGAS NÃO LHE PERTENCIAVAM QUE NÃO CONVINCE. ALEGAÇÃO ISOLADA NOS AUTOS. ADEMAIS, EVENTUAL CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE ENTORPECENTES QUE NÃO ELIDE A RESPONSABILIDADE PELA VENDA. **CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.** DE SORTE QUE PREJUDICADO O RECURSO DA DEFESA.*

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE. INEXISTENTES AGRAVANTES E ATENUANTES. TERCEIRA FASE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6, EM RAZÃO DA QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS LOCALIZADAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, § 2º, "B", DO CP). IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE (ART. 44, I, DO CP) E DE CONCESSÃO DO SURSIS (ART. 77 DO CP).

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DA DEFESA PREJUDICADO. (Grifei)

Na impetração, a defesa alegou nulidade processual, em razão da contrariedade do interrogatório com o art. 400 do Código de Processo Penal; bem como sustentou a ausência de fundamentação concreta para o estabelecimento da fração de 1/6 em relação à causa especial de diminuição.

Requeru, assim, a declaração da nulidade do processo desde o interrogatório judicial e, subsidiariamente, pleiteou o redimensionamento da reprimenda, com aplicação da minorante do tráfico de drogas no patamar máximo e a fixação do regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 414/416).

Às fls. e-STJ fls. 529/542, afastei a nulidade referente à inversão do interrogatório, e concedi parcialmente a ordem para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3, e, assim, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa; fixar o regime aberto de cumprimento de pena; e determinar substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da execução penal.

Nesta oportunidade, a defesa reitera os termos da inicial, reforçando a nulidade pela inversão da ordem do interrogatório, argumentando que *"não se trata de uma discricionariedade do magistrado. O interrogatório deve obrigatoriamente ser realizado ao final da instrução processual, inclusive nos procedimentos especiais. É o que ficou assentado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"* (e-STJ fl. 553).

Por fim, argumenta que, *"ainda que fosse desnecessário em razão da natureza insanável do vício processual, cumpre enfatizar que o PACIENTE suportou flagrante prejuízo em virtude da inversão da ordem de seu interrogatório. Sem tomar contato prévio com os depoimentos em juízo das testemunhas de acusação (policiais militares), já que fora interrogado antecipadamente, não pode planejar adequadamente sua estratégia de defesa"* (e-STJ fl. 555).

Requer, assim, o provimento do recurso para reconhecer a nulidade apontada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

O recurso não merece prosperar.

No que tange à tese da nulidade processual, porquanto inobservada a ordem do interrogatório em audiência de instrução, consignei na decisão agravada que há entendimento exarado em precedente da Suprema Corte no sentido de que o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução, na audiência de instrução e julgamento, nos termos fixados no art. 400 do CPP, inclusive para os procedimentos penais regidos por legislações especiais, ressalvados os processos já sentenciados em 3/3/2016 (data do julgamento do HC n. 127.900/AM).

Isso não obstante, asseverei que a Terceira Seção dessa Corte Superior, no julgamento da Revisão Criminal n. 5.563/DF, em 12/5/2021, firmou entendimento de que *"a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal"* (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

Na hipótese, o interrogatório do paciente ocorreu antes e a instrução criminal se encerrou após o julgamento do HC n. 127.900/AM pela Suprema Corte. Na última audiência de instrução, realizada no dia 27/10/2016 (e-STJ fl. 232), com oitiva de uma testemunha da acusação, a defesa não impugnou a alegada nulidade, ocasião em que se deu por encerrada a instrução criminal e abriu-se prazo para as alegações finais, circunstâncias que importam na ocorrência de preclusão e afastam a alegada nulidade, porquanto deveria a defesa insurgir-se contra as ilegalidades desde a primeira oportunidade.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE INTERROGATÓRIO. VÍCIO NÃO ARGUIDO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.

1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, "é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão" (HC n. 470.734/MG, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe

17/12/2018).

2. No caso, apenas a defesa de um dos corréus arguiu a tempo a nulidade, motivo pelo qual a sentença foi anulada tão somente em seu favor.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no PExt no HC n. 667.597/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.)

Ademais, verifiquei que não logrou a defesa demonstrar o prejuízo concreto sofrido pelo ora agravante, que não pode ser confundido com a própria condenação.

Nessa esteira, "não se identifica prejuízo derivado da realização de interrogatório antes da oitiva das testemunhas de acusação se a leitura da sentença revela que, em sua oitiva, o réu teve oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, devidamente analisada pelo magistrado, e que os depoimentos prestados por policiais em juízo apenas referendaram narrativa já existente no Boletim de ocorrência e no Relatório final de inquérito policial, documentos esses aos quais a defesa teve acesso antes do interrogatório, não se podendo, assim, afirmar que o réu não teria tido oportunidade de refutar, em seu interrogatório, as versões apresentadas pelos policiais ouvidos em juízo" (AgRg no HC n. 680.538/ES, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021).

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INGRESSO NA RESIDÊNCIA DO RECORRENTE. FUNDADAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE INTERROGATÓRIO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VÍCIO NÃO ALEGADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O entendimento perfilhado na sentença condenatória está em harmonia com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO, Tema 280/STF, segundo o qual o ingresso dos policiais no domicílio do réu, sem autorização judicial ou consentimento do morador, será lícito quando houver fundadas razões da situação de flagrante delito naquela localidade.

2. No caso, policiais receberam uma denúncia anônima de que um indivíduo, que era monitorado por tornozeleira eletrônica, estaria enterrando entorpecentes no terreno de uma casa abandonada.

Inicialmente, conferiram o sistema de monitoramento, confirmando que o recorrente esteve no local indicado, e, após buscas no terreno, localizado nos fundos da residência, encontraram drogas escondidas.

Sob tal contexto, não há como acolher a tese defensiva de ilicitude da prova, uma vez que evidente a presença de justa causa para a adoção da medida de busca domiciliar.

3. O reconhecimento de nulidade por inversão da ordem do interrogatório do réu, prevista no art. 400 do CPP, exige a demonstração de prejuízo, que não se confunde com a própria condenação. Além disso, o inconformismo da defesa deve ser manifestado na própria audiência em que ocorrido o alegado vício, com o registro na ata respectiva, sob pena de preclusão.

4. *Cumpra registrar que "A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da RvCr n. 5563/DF, reafirmou o entendimento de que a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal." (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022). Precedentes.*

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp n. 1.985.246/MT, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDADAS RAZÕES PARA REALIZAÇÃO DA BUSCA. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018).*

2. *O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).*

Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

Precedentes desta Corte.

3. *Em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.*

4. *No caso concreto, a leitura do auto de prisão em flagrante revela que os Policiais Militares que efetuaram a busca domiciliar, atuaram após terem presenciado o paciente entregar algo para um menor que, ao ver a guarnição, arremessou uma sacola o que motivou a realização da abordagem de ambos e a verificação do conteúdo da sacola, ocasião em que se constatou que ela continha um pedaço de substância similar a crack, tendo os policiais logrado identificar o paciente como indivíduo que fora*

preso recentemente por porte ilegal de arma de fogo além de porte de entorpecentes.

5. A constatação, em abordagem policial, de que o réu entregava entorpecentes a menor constitui fundada razão para crer que na residência do acusado houvesse se não outras drogas, pelo menos outras evidências do tráfico, tanto mais quando a tal constatação se alia a informação de que o mesmo acusado fora detido dias antes com entorpecentes e uma arma de fogo.

6. Por ocasião do julgamento do HC n. 127.900/AM, ocorrido em 3/3/2016 (DJe 3/8/2016), o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais. Isso porque a Lei n. 11.719/2008 (que deu nova redação ao referido art. 400) prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em legislação especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado.

7. Isso não obstante, esta Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão" (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018). Precedentes: RvCr 5.563/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2021, DJe 21/05/2021; AgRg no REsp 1.846.930/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021.

8. Não se identifica prejuízo derivado da realização de interrogatório antes da oitiva das testemunhas de acusação se a leitura da sentença revela que, em sua oitiva, o réu teve oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, devidamente analisada pelo magistrado, e que os depoimentos prestados por policiais em juízo apenas referendaram narrativa já existente no Boletim de ocorrência e no Relatório final de inquérito policial, documentos esses aos quais a defesa teve acesso antes do interrogatório, não se podendo, assim, afirmar que o réu não teria tido oportunidade de refutar, em seu interrogatório, as versões apresentadas pelos policiais ouvidos em juízo.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 680.538/ES, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.)

Dessa forma, afastei a nulidade em razão da inversão do interrogatório, seja por preclusão, seja por ausência de demonstração de prejuízo.

Ademais, no presente recurso, o agravante, nas razões recursais, deixou de infirmar especificamente o fundamento da preclusão.

Quanto à dosimetria da pena, constatei na decisão agravada flagrante ilegalidade apta a ser sanada pela concessão da ordem.

Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto do acórdão condenatório (e-STJ fls. 403/405):

[...]

Assim, fixa-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, diante da primariedade do réu, aliada aos bons antecedentes e à ausência de informações de que se dedica a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, aplica-se a minorante do art.33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Quanto ao percentual de redução da reprimenda, tem-se que, segundo entendimento da jurisprudência desta Corte de Justiça, a natureza e/ou quantidade da droga pode ser considerada na terceira etapa da dosimetria, para fixação da fração aplicável ao tráfico privilegiado (TJSC, Apelação Criminal n. 0007194-89.2014.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 28-02-2019).

[...]

Desse modo, levando em conta que foram apreendidas quantidades significativas de cocaína e crack, drogas que sabidamente possuem alto potencial lesivo, e, portanto, justificam maior repreensão da conduta, bem como considerando a variedade de entorpecentes localizados em posse do acusado, diminui-se a pena, na terceira fase, no patamar mínimo de 1/6.

Assim, fixa-se a pena definitiva do réu em 4 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Considerando a reprimenda arbitrada e a disposição do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, fixa-se o regime semiaberto. (Grifei.)

No caso, vimos que a modulação da minorante em patamar diverso do máximo foi justificada pela quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas.

Contudo, a quantidade das drogas apreendidas – 19,1g (dezenove gramas e um decigrama) de crack e 8,3g (oito gramas e três decigramas) de cocaína – mostrou-se muito pequena para justificar a não aplicação da minorante na fração de 2/3 (dois terços).

A propósito, confirmam-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LÍCITA. QUANTIDADE DA DROGA ISOLADAMENTE. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA DENOTAR A HABITUALIDADE DELITIVA DO AGENTE. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

2. É firme o entendimento deste Tribunal de que a mera condição de desempregado, por si só, é insuficiente para se concluir pela habitualidade delitiva do condenado, a fim de fundamentar o afastamento do redutor pelo tráfico privilegiado 3. Esta Corte Superior vem se manifestando no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, isoladamente

consideradas, não constituem elementos suficientes para afastar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao pretexto do agente se dedicar ao comércio espúrio.

4. Hipótese em que o Tribunal a quo afastou a minorante por entender que o fato do paciente não ter comprovado ocupação lícita e ter sido flagrado em local conhecido como ponto de tráfico de drogas na posse de 120 porções de maconha (287,17g), 73 de cocaína (38,42g), 432 de crack (97,32g) e de anotação acerca do comércio espúrio denotam a sua habitualidade delitiva. Portanto, deve o benefício ser aplicado na fração de 2/3, por se tratar de agente primário, de bons antecedentes e não haver outros elementos que denotem a sua habitualidade delitiva ou o envolvimento com grupo criminoso.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 765.229/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÃO PENAL EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À INCIDÊNCIA DA REDUTORA, NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1 - A incidência da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

2 - Na hipótese, embora a agravada fosse primária e possuísse bons antecedentes, a minorante foi afastada com base na existência de ação penal em curso.

3 - A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020), (HC 6.644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021).

4 - Na espécie, não havendo prova da dedicação do agente à atividade criminosa, inexistia óbice à aplicação da causa de diminuição.

Tendo em vista a quantidade não elevada das drogas apreendidas - 7, 75 gramas de cocaína e 160,55 gramas de maconha -, era mesmo possível a aplicação da fração máxima da redutora, em 2/3.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 2.077.006/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO NO CASO DE

LONGO PERÍODO DECORRIDO DESDE AS CONDENAÇÕES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Excepcionalmente, "quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes" (REsp n. 1.707.948/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 16/4/2018).

2. Na hipótese, infere-se que as condenações utilizadas para o reconhecimento dos maus antecedentes tornaram-se definitivas há mais de 10 anos (e-STJ fls. 187/193). Assim, o caso dos autos atrai a aplicação do raciocínio exposto no precedente citado.

3. Ademais, uma vez afastada a circunstância judicial dos maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, bem como considerando a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, a saber, "2 (duas) porções de maconha, com peso líquido total de 20,1g (vinte gramas e um decigrama), e 2 (duas) porções de crack, pensado 26,6g (vinte e seis gramas e seis decigramas)" (e-STJ fl. 39), entendo que o paciente faz jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços).

4. Reduzida a reprimenda, e tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é cabível na espécie a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 693.127/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas

ou integrarem organização criminosa.

3. Segundo o art. 42 da Lei de Drogas, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

4. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido - 21 invólucros de maconha (40,5g) - não se mostra elevada, fazendo jus o paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

4. [...]

5. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/06 no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva da paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 166 dias-multa, substituída, ainda, a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução.

(HC n. 356.882/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/6/2016, DJe 3/8/2016, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (10,30G DE COCAÍNA). PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de droga (10,30 gramas de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.

2. No mais, o Agravante não traz argumentos robustos o bastante a fim de repelir os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios termos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 451.358/RS, relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/3/2014, DJe 28/3/2014, grifei.)

Deve ser corrigida a dosimetria do agravante, portanto, a fim de aplicar a fração de 2/3 em virtude da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, redimensionando-se a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, fixo o aberto para o início do cumprimento da pena.

Por fim, preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, o recorrente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução penal.

Dessarte, a ordem foi parcialmente concedida, na decisão agravada, para reconhecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima de 2/3, e, assim, reduzir a reprimenda para 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa; fixar o regime aberto de cumprimento de pena; e determinar substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas pelo Juízo da execução penal.

Mantenho a decisão agravada, pois, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no AgRg no HC 560.769 / SC

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2020/0030775-0

Número de Origem:

00390101720158240023 31500856 390101720158240023

Sessão Virtual de 07/03/2023 a 13/03/2023

Relator do AgRg no AgRg

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Secretário

Bela. GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : CLEBER ROBERTO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 : CLEBER ROBERTO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/03/2023 a 13/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA35646571 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006

Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 14/03/2023 16:53:16

Código de Controle do Documento: 1093dc36-2797-4a00-ae0b-8c7b2f04fc61

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 14 de março de 2023