



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.400.913 - SP
(2023/0229471-9)**

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
EMBARGANTE : JOSE JORGE
EMBARGANTE : LUIZ HENRIQUE RAMOS
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
AIRTON SISTER - SP075400
MAURÍCIO SCHAUN JALIL - SP177814
DANIEL MORIMOTO - SP146102
LEONARDO HENRIQUES DA SILVA - SP212377
FÁBIO DANTAS SANTOS - SP189544
EDIVANIO GONÇALVES DA COSTA - SP334803
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ERRO MATERIAL RECONHECIDO. RECURSO TEMPESTIVO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NÃO CONFIGURADO. MINORANTE. FRAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. No caso dos autos, considerando a configuração de erro material apontado pela Defesa no tocante à análise do prazo de interposição do recurso especial, de rigor o acolhimento dos embargos para conferir efeitos infringentes, de modo a reformar o acórdão que negou provimento ao agravo regimental e conhecer do agravo em recurso especial.

2. 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.

3. A quantidade e a qualidade das drogas podem ser empregadas tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos. Entretanto, a aplicação em ambas as etapas configura indevido *bis in idem*.

4. Devidamente justificada a escolha da fração de 2/5 pela minorante do tráfico privilegiado considerando a quantidade e qualidade das drogas apreendidas (61 comprimidos de ecstasy).

5. Estabelecida a reprimenda final em 3 anos de reclusão, verificada a primariedade dos agentes e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal e cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.



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, acolher os embargos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2023 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.400.913 - SP
(2023/0229471-9)**

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
EMBARGANTE : JOSE JORGE
EMBARGANTE : LUIZ HENRIQUE RAMOS
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
AIRTON SISTER - SP075400
MAURÍCIO SCHAUN JALIL - SP177814
DANIEL MORIMOTO - SP146102
LEONARDO HENRIQUES DA SILVA - SP212377
FÁBIO DANTAS SANTOS - SP189544
EDIVANIO GONÇALVES DA COSTA - SP334803
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por **JOSÉ JORGE** e **LUIZ HENRIQUE RAMOS** (e-STJ, fls. 1086-1091), contra acórdão da Quinta Turma que negou provimento ao agravo regimental, cujo teor da ementa transcreve-se (e-STJ, fls. 1085-1091):

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CPP. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. AGRAVO DESPROVIDO.1. No caso, verifica-se que a intimação do julgamento do acórdão recorrido ocorreu no dia 15/12/2020, efetivando-se em 16/12/2020, mas o recurso especial somente veio a ser protocolado em 11/1/2021, ou seja, fora do prazo legal de 15 dias corridos, previsto pelo art. 994, VI, c. c. os arts. 1.003, § 5º, todos do Código de Processo Civil, bem como do art. 798 do Código de Processo Penal.2. A Corte Especial, aplacando divergência existente acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte Superior, decidindo que, diferentemente do CPC/73, o novo CPC exige, de forma expressa, que a comprovação da ocorrência de feriado local ou outra causa de suspensão do prazo recursal seja feita no ato da interposição do recurso, a teor do disposto no art. 1.003, § 6º, do CPC/2015 (AREsp 957.821/MS, Rel. para o acórdão a Ministra Nancy Andrighi, j. em 20/11/2017, DJe de 19/12/2017).3. Ademais, "o disposto no art. 798-A do CPP, incluído pela Lei 14.365/2022, não se aplica a situações anteriores à sua entrada em vigor. Isso porque o art. 2º do CPP veda a retroatividade, ainda que benéfica ao réu, por se tratar de norma puramente processual" (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.200.203/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/2/2023).4. Agravo regimental não provido."

Sustenta o embargante a existência de erro material neste acórdão, pois registrou que "a intimação do julgamento do acórdão recorrido ocorreu no dia 15.12.2020, efetivando-se em 16.12.2020 (e-STJ, fls. 895), mas o recurso especial somente veio a ser protocolado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.01.2021 (e-STJ, fl. 870), ou seja, fora do prazo legal de 15 dias corridos (...)”.

Pondera que o recurso especial foi interposto no dia 5/8/2020, conforme se verifica à fls. 701-730 (e-STJ).

Afirma que o acórdão posteriormente proferido pela Corte de origem, em continuação de julgamento, foi publicado em 23/7/2020 e que “a peça de fls. 870/881, protocolada no dia 11 de janeiro de 2021 constitui mera ratificação do Recurso Especial.”

Assim, requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos para corrigir o erro material ora apontado, para que seja considerada a efetiva interposição do recurso especial para o exame da tempestividade.

Em suas razões de recurso especial, a Defesa apontou violação ao art. 400 do CPP; art. 40, III, e art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06; art. 33, §2º. “c”, e §3º, art. 44, I, e art. 59, todos do CP.

Inicialmente, requer o reconhecimento da nulidade do processo, desde a audiência de instrução e julgamento, pois os réus foram interrogados antes da oitiva das testemunhas, afrontando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Pondera que o STF e esta Corte já se manifestaram quanto à inaplicabilidade do art. 57 da Lei 11.343/06, por ser prejudicial ao réu.

Ultrapassada a tese, pretende a fixação da fração referente à minorante do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo, ressaltando que a quantidade de drogas não é exorbitante e que este fundamento já serviu para a condenação pelo tráfico.

Seguindo, pede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ponderando que os ora embargantes são primários, ostentam bons antecedentes e que a pena ficou estipulada em patamar inferior a 4 anos.

Por fim, pelos mesmos motivos, almeja a estipulação do regime inicial aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.400.913 - SP
(2023/0229471-9)**

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
EMBARGANTE : JOSE JORGE
EMBARGANTE : LUIZ HENRIQUE RAMOS
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
AIRTON SISTER - SP075400
MAURÍCIO SCHAUN JALIL - SP177814
DANIEL MORIMOTO - SP146102
LEONARDO HENRIQUES DA SILVA - SP212377
FÁBIO DANTAS SANTOS - SP189544
EDIVANIO GONÇALVES DA COSTA - SP334803
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ERRO MATERIAL RECONHECIDO. RECURSO TEMPESTIVO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NÃO CONFIGURADO. MINORANTE. FRAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. No caso dos autos, considerando a configuração de erro material apontado pela Defesa no tocante à análise do prazo de interposição do recurso especial, de rigor o acolhimento dos embargos para conferir efeitos infringentes, de modo a reformar o acórdão que negou provimento ao agravo regimental e conhecer do agravo em recurso especial.

2. 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.

3. A quantidade e a qualidade das drogas podem ser empregadas tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos. Entretanto, a aplicação em ambas as etapas configura indevido *bis in idem*.

4. Devidamente justificada a escolha da fração de 2/5 pela minorante do tráfico privilegiado considerando a quantidade e qualidade das drogas apreendidas (61 comprimidos de ecstasy).

5. Estabelecida a reprimenda final em 3 anos de reclusão, verificada a primariedade dos agentes e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime inicial aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal e cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Os embargos merecem ser acolhidos.

Conforme se observa, no acórdão embargado, ficou registrado que “a intimação do julgamento do acórdão recorrido ocorreu no dia 15/12/2020, efetivando-se em 16/12/2020 (e-STJ, fls. 895), mas o recurso especial somente veio a ser protocolado em 11/1/2021 (e-STJ, fl. 870), ou seja, fora do prazo legal de 15 dias corridos, previsto pelo art. 994, VI, c. c. os arts. 1.003, § 5º, todos do Código de Processo Civil, bem como do art. 798 do Código de Processo Penal.”

Aliás, nota-se que a própria Defesa esclareceu, em agravo regimental, que “o a interposição do Recurso Especial teve seu termo inicial no dia 17 de dezembro de 2020(fl. 895) e seu termo final ocorreria no dia 21 de janeiro de 2021, em virtude do Comunicado Conjunto 1.411/2020 do eg. TJSP que implementou a suspensão dos prazos até o dia 20 de janeiro de 2021” (e-STJ, fls. 1.060).

Entretanto, nos presentes embargos de declaração, a Defesa observou que tinha interposto outro recurso especial em **7/8/2020**, após a publicação do acórdão proferido pela Corte de origem do julgamento do recurso de apelação (e-STJ, fls. 701-730).

Complementou que o recurso especial de fls. 870-881, interposto de forma intempestiva contra o acórdão de fls. 852-860 e 886-893, apenas ratificou o recurso anterior.

De fato, observa-se que este último acórdão foi proferido pela instância anterior em atendimento à determinação deste STJ, a fim de alterar o regime inicial dos agravantes para o semiaberto.

Destarte, considerando que o primeiro recurso especial foi interposto de forma tempestiva e que este segundo recurso caracteriza mera ratificação das suas razões, de rigor o acolhimento dos presentes embargos para afastar a conclusão pela intempestividade e conhecê-lo.

Passo, portanto, à apreciação das irresignações apresentadas pela Defesa.

No tocante à violação ao art. 400 do CPP, a Corte de origem assim se manifestou (e-STJ, fls. 660-693):

“Também não cabe razão à defesa no tocante à alegação de nulidade do processo, ante a realização do interrogatório como primeiro ato da instrução e não como último, conforme determinado pelo Código de Processo Penal, posto que não se observa neste presente caso a ocorrência de violação aos princípios constitucionais. Pelo contrário, as fases processuais e seus respectivos ritos foram devidamente acatados, não existindo erro capaz de gerar a nulidade alegada.

Ao tratar dos crimes envolvendo drogas, o legislador entendeu por bem estabelecer um rito próprio para processamento do feito. Neste caso, o procedimento especial encontra-se pormenorizadamente descrito nos artigos 54 e seguintes da Lei nº. 11.343/2006. Assim, não cabe ao julgador e tampouco às partes escolher a forma procedimental a ser adotada, porquanto esta se encontra previamente determinada na lei. Se mostrando inviável o pedido de nulidade formulado pela defesa.

Portanto, a existência de um procedimento especial estabelecido em lei vincula as partes e o julgador, que devem obrigatoriamente adotá-lo. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento comum ordinário, estabelecido no Código de Processo Penal, possui aplicação subsidiária em relação aos demais procedimentos especiais, mas de maneira alguma os substitui.

[...]

Por fim, vale lembrar que é tranquilo na jurisprudência deste Tribunal, o entendimento de que não basta ao reconhecimento de nulidade a simples alegação de sua ocorrência. Há que se demonstrar o efetivo prejuízo suportado pela parte que a reclama, o que não ocorreu no caso.”

Quanto ao tema, a jurisprudência desta Corte havia firmado o entendimento de que "as regras do procedimento comum não derogam diversa previsão de procedimentos regulados por lei especial, em razão do princípio da especialidade" (HC 347.723/SC, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/6/2016). Assim, tendo a Lei n. 11.343/2006 estabelecido rito próprio para o processamento de crimes de tráfico de drogas, determinando o seu art. 57 que o interrogatório será o primeiro ato da instrução, não deve incidir o disposto no art. 400 do CPP, que é regra geral.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, concluiu que "a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, em procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas" (RHC 39.287/PB, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

Nessa oportunidade, pontuou-se modular os efeitos da decisão, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos em que a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11/03/2016).

No caso, conforme registrado, a audiência de instrução e julgamento foi encerrada em 19/3/2019, de modo que seria aplicável o disposto no art. 400 do CPP (e-STJ, fls. 419).

Entretanto, em leitura atenta dos autos, verifica-se que, embora o interrogatório tenha ocorrido no início da audiência de instrução, antes, portanto, da ouvida das testemunhas, não há comprovação de que a irresignação tenha sido apresentada pela defesa tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que interrogados os réus (e-STJ, fls. 308).

Outrossim, a jurisprudência desta Corte Superior há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.

A corroborar tal entendimento, os seguintes julgados desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL DEVIDAMENTE IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO. DOSIMETRIA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. ESTABELECIMENTO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE. NEGATIVA. AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agravo merece ser conhecido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em ordem a que se evolua para o mérito. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 127.900/AM, em 3/3/2016 (DJe 3/8/2016), firmou o entendimento de que o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, deve ser aplicado aos procedimentos regidos por leis especiais, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado (lex mitior), ressalvados os processos já sentenciados em 3/3/2016, data do julgado pelo STF. 3. A Terceira Seção, no julgamento da RvCr 5.563/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgada em 12/05/2021 (DJe 21/05/2021), reapreciando a matéria, adotou a compreensão pela necessidade de comprovação do prejuízo, vencido o Ministro Rogério Schietti Cruz. 4. No caso, embora deduzida em alegações finais, não houve a comprovação prejuízo, circunstância que, na linha da mais recente interpretação desta Corte, impede o reconhecimento da nulidade. [...] 7. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial e concedido habeas corpus, de ofício, em maior extensão, para fixar a condenação em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a cargo do Juízo das Execuções." (AgRg no AREsp 1911962/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 29/11/2021).

"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. [...] 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 680.538/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÕES DE NULIDADE PROCESSUAL POR INVERSÃO NA ORDEM DO INTERROGATÓRIO E DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO INCONFORMISMO TEMPESTIVAMENTE, ALÉM DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AÇÕES PENAIS EM CURSO DENOTAM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. 'A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, grifos no original)' (AgRg no AREsp 1438743/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/9/2019). [...] 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1781483/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

"REVISÃO CRIMINAL. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. 1. 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. 2. 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: AgRg no HC 626.721/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021; AgRg no HC 593.660/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021; AgRg no AREsp 1.573.424/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020; AgRg nos EDcl no REsp 1.788.579/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2020, DJe 26/08/2020; AgRg no HC 542.624/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020 e AgRg no HC 626.721/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021. 3. De igual forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é assente em afirmar que a inversão na ordem do interrogatório do réu constitui nulidade relativa e sujeita à preclusão. Nesse sentido, entre outros: HC 199.494, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, decisão de 06/04/2021, DJe de 09/04/2021; HC 183.997, Rel. Min. ROSA WEBER, decisão de 10/08/2020, DJe de 28/08/2020; HC 180.227, Rel. Min. EDSON FACHIN, decisão de 19/02/2020, DJe de 26/02/2020. 4. Tendo ficado consignado, no acórdão rescindendo, que a questão estaria preclusa, já que não foi alegada pela defesa tempestivamente na própria audiência em que realizado o ato, vindo a ser alegada apenas em sede de embargos de declaração em apelação criminal, e que não fora demonstrado efetivo prejuízo, não se configura a alegada violação a literal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispositivo de lei, apta a oportunizar a rescisão do julgado com base no art. 621, I, do CPP. 5. Revisão criminal julgada improcedente." (RvCr 5.563/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2021, DJe 21/05/2021).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33, CAPUT, E 35 DA LEI 11.343/2006. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XXXVII, XXXVIII, A, LIII E LX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, XXXIX, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO AI 742.460. TEMA 182. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. RITO PROCESSUAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. INTERROGATÓRIO. INSTRUÇÃO REALIZADA. INVERSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. HABEAS CORPUS 127.900. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RAZÕES SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. MERA IRRESIGNAÇÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO."

(RE 1240910 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 06-04-2020 PUBLIC 07-04-2020).

Ademais, registre-se 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.)

Nesse contexto, ainda que os réus tenham sido interrogados no início da instrução processual, tal fato, por si só, não inquina de nulidade o feito, uma vez que não foi demonstrado pela defesa prejuízo em razão do alegado vício, sem indicação de eventuais perguntas ou esclarecimentos que poderiam ter sido feitos se o interrogatório tivesse sido realizado ao final da instrução, o que impede o reconhecimento da nulidade arguida.

Prosseguindo, no tocante ao patamar de redução da pena pela configuração do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico privilegiado, a instância anterior ponderou nestes termos (e-STJ, fls. 660-693):

"Na sequência o M.M. Magistrado a quo aplicou a redução prevista no artigo 33, §4º, do Código Penal, na fração de 2/5. Inviável, contudo, o pleito defensivo no que diz respeito à aplicação desta causa de diminuição em seu patamar máximo, pois, com o devido respeito à argumentação ofertada, não parece correto que os réus sejam beneficiados com tamanha redução, tendo em vista que no caso em tela estão presentes circunstâncias que não recomendam tal grau de benesse.

Uma vez que, apesar da primariedade formal dos réus, restou comprovado nos autos a propriedade dos mesmos sobre nada menos que sessenta e uma porções de ecstasy, as quais seriam colocadas à disposição dos consumidores. Ora, tamanha quantidade representa um perigo maior à saúde pública, atingindo incontáveis usuários, isto indica maior afetação ao bem juridicamente tutelado, com a colocação desta considerável quantia de narcóticos, os quais possuem efeitos devastadores, como já indicado acima, no evento ocorrido em cidade interiorana, as quais, por muitas vezes, não dispõem da estrutura ambulatorial para tratar de casos de overdose, circunstâncias estas que tornam a atitude dos réus de alta periculosidade e extremamente reprovável, conforme o disposto no artigo 42, da Lei de Drogas.

[...]

Dessa forma, impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo."

Como se sabe, a Terceira Seção, em recentíssima decisão, proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena.

In verbis:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA.1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original).3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria.5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que "as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena". O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena.7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021).8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que "A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021).9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha).10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa.' (HC n. 725.534/SP, minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.)

No caso, considerando a apreensão de 61 comprimidos de ecstasy, com 14,71g, verifica-se que se encontra devidamente justificada a fração de 2/5 aplicada pela Corte de origem.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS SOPESADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM 1/4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A fundamentação apresentada pela Corte estadual está de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a qual possui o entendimento de que a quantidade da droga apreendida pode justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3. Na hipótese, foram apreendidos 7 frascos da substância "loló", 90 comprimidos de ecstasy com massa bruta de 19,2g e 7 sacolas de pó MDMA com massa bruta de 17,3g.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 845.835/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023.)

Por outro lado, comportam guarida os pedidos de fixação do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto a tais aspectos, o Tribunal *a quo* concluiu desta forma (e-STJ, fls. 660-693):

"Contudo, com relação à fixação das penas, com o devido respeito à argumentação oferecida pelo M.M. Magistrado a quo, a mesma necessita ajuste, pois foi fixada em demasia. Senão vejamos. Ambos os réus são primários e as circunstâncias em que o delito de tráfico foi cometido não se distanciam do padrão esperado para aqueles que praticam o ilícito penal em análise, não podendo a quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos, apesar de considerável, ser considerada nesta fase, sob pena de bis in idem, uma vez que tais particularidades foram utilizadas, também como base para o afastamento do benefício previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas em sua fração máxima.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afasta-se, portanto, a majoração da pena básica dos corréus, devendo a mesma ser fixada em seu patamar mínimo legal.

[...]

Quanto à possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a concessão de tal benefício não se mostra possível no presente caso, vez que os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelos agentes com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, “os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Assim, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para os réus não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, III do Código Penal). Os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal são cumulativos, devendo estar integralmente presentes para que seja concedida a substituição. Dessa forma, ante a não observância de um dos requisitos cumulativos dispostos no artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena é inadmissível. Este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Dessa forma, resta afastado o pedido de concessão do benefício. Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado, sendo que o próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o Magistrado deverá observar não só o quantum de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal. Eis que, no caso em tela, os réus não apresentam circunstâncias judiciais favoráveis, como já ressaltado acima, pois demonstram elevada periculosidade, sendo detidos em posse de farta quantidade de narcóticos de elevada nocividade, os quais seriam colocados à disposição de incontáveis usuários, mantendo nefasto vício que ceifa vidas jovens e destrói famílias, demonstrando, assim, total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro. Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.”

Depois, em continuação do julgamento, complementou (e-STJ, fls. 852-860):

"Tendo em vista a determinação do Colendo Superior Tribunal de Justiça de natureza coletiva proferida no HC 596.603-SP de vedação ao estabelecimento de regime inicial fechado nos casos de sentenciados pela prática do crime designado “tráfico privilegiado”, passa este Relator a fixação de novo regime inicial aos réus nos moldes estabelecidos. Ante ao determinado, fixo o regime semiaberto como modalidade inicial de cumprimento de pena para os réus. O próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o Magistrado deverá observar não só o quantum de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal. Eis que, no caso em tela, os réus não apresentam circunstâncias judiciais favoráveis, como já ressaltado, pois demonstram elevada periculosidade, sendo detidos em posse de farta quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcóticos de elevada nocividade, os quais seriam colocados à disposição de incontáveis usuários, mantendo nefasto vício que ceifa vidas jovens e destrói famílias, demonstrando, assim, total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro. Como já amplamente abordado no acórdão anterior, os narcóticos apreendidos em poder dos corréus têm elevado potencial tóxico e pode conduzir a sequelas pelo seu efeito cumulativo¹.

Não obstante, os efeitos desta droga ainda são potencializados, por se tratar de “droga sintética”, nas quais é comum a utilização de diversas outras substâncias para a fabricação da mesma, as quais são desconhecidas dos usuários, que não podem ter certeza do que está adquirindo e o que aquilo fará com seu organismo. Ademais, houve um alarmante aumento de apreensões das chamadas “drogas sintéticas” no país. Só no Estado de São Paulo essas ações tiveram crescimento de cerca de 360% no primeiro semestre de 2019 em comparação ao mesmo período de 2018. Nesse espaço de tempo, flagras relacionados a cocaína e crack evoluíram em torno de 80%. Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.”

Conforme se extrai dos acórdãos, a Corte de origem julgou favoráveis as circunstâncias judiciais e atestou a primariedade dos embargantes.

Assim, considerando estes elementos, bem como as penas definidas em 3 anos de reclusão para ambos, de rigor a aplicação do regime inicial aberto.

Por fim, pelos mesmos motivos, procedo à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que deverão ser delineadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração e, conferindo efeitos infringentes, **conheço** do agravo para dar **parcial provimento** ao recurso especial, a fim de fixar o regime inicial aberto para ambos os embargantes e proceder à substituição de suas penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, que deverão ser delineadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0229471-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgRg no
AREsp 2.400.913 /
SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087995020158260408 000879950201582604081702015 0008799502015826040850000
0008799502015826040850001 1702015 87995020158260408
879950201582604081702015 8799502015826040850000 8799502015826040850001

EM MESA

JULGADO: 21/11/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOSE JORGE
AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE RAMOS
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
AIRTON SISTER - SP075400
MAURÍCIO SCHAUN JALIL - SP177814
DANIEL MORIMOTO - SP146102
LEONARDO HENRIQUES DA SILVA - SP212377
FÁBIO DANTAS SANTOS - SP189544
MICHEL KUSMINSKY HERSCU - SP332696
EDIVANIO GONÇALVES DA COSTA - SP334803
LAURA GASPARIAN TKACZ - SP408685
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : LUIZ GUSTAVO ROCCO VIEGAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : JOSE JORGE
EMBARGANTE : LUIZ HENRIQUE RAMOS
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP065371
AIRTON SISTER - SP075400
MAURÍCIO SCHAUN JALIL - SP177814
DANIEL MORIMOTO - SP146102
LEONARDO HENRIQUES DA SILVA - SP212377



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁBIO DANTAS SANTOS - SP189544
EDIVANIO GONÇALVES DA COSTA - SP334803
EMBARGADO : 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, acolheu os embargos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.