



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2038482 - MG (2022/0361125-6)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)
AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE DE SOUSA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO - MG177478
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Em recente julgamento do REsp n. 1.946.472/PR, representativo de controvérsia, da relatoria do Ministro Messod Azulay, a Terceira Seção, DJe 25/9/2023, fixou a tese de que "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, na pendência do cumprimento de carta precatória, tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu."

2. No caso dos autos, o Tribunal *a quo* reconheceu a existência da inversão da ordem do interrogatório do réu, mas afastou o reconhecimento da nulidade, tendo em vista que não teria sido demonstrado o prejuízo à defesa.

3. Nesse contexto, não havendo a efetiva demonstração de prejuízo, pois não se apontou de que maneira a efetiva observância da norma em tela teria repercutido de forma benéfica na situação processual do acusado, sobretudo no caso em tela, em que o réu permaneceu em silêncio durante o seu interrogatório, não há constrangimento ilegal resultante da feitura do interrogatório antes da devolução de carta precatória expedida para oitiva de testemunha da acusação. Incide, pois, a Súmula n. 83/STJ.

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 05/12/2023 a 11/12/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio

Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 11 de dezembro de 2023.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2038482 - MG (2022/0361125-6)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE DE SOUSA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO - MG177478
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Em recente julgamento do REsp n. 1.946.472/PR, representativo de controvérsia, da relatoria do Ministro Messod Azulay, a Terceira Seção, DJe 25/9/2023, fixou a tese de que "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, na pendência do cumprimento de carta precatória, tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu."

2. No caso dos autos, o Tribunal *a quo* reconheceu a existência da inversão da ordem do interrogatório do réu, mas afastou o reconhecimento da nulidade, tendo em vista que não teria sido demonstrado o prejuízo à defesa.

3. Nesse contexto, não havendo a efetiva demonstração de prejuízo, pois não se apontou de que maneira a efetiva observância da norma em tela teria repercutido de forma benéfica na situação processual do acusado, sobretudo no caso em tela, em que o réu permaneceu em silêncio durante o seu interrogatório, não há constrangimento ilegal resultante da feitura do interrogatório antes da devolução de carta precatória expedida para oitiva de testemunha da acusação. Incide, pois, a Súmula n. 83/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial interposto.

Sustenta o agravante que não incide a Súmula n. 83/STJ no presente caso, visto que, ao contrário do que foi consignado na decisão agravada, a jurisprudência recente desta Corte é no sentido de que a regra excepcional do § 1º do art. 222 do CPP não autoriza a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do mesmo diploma legal.

Assevera que "argumenta-se na decisão objurgada que não há a demonstração de prejuízo ao agravante, porquanto este haja permanecido em silêncio durante o seu interrogatório. Entretanto, com redobrada vênia, entendemos que sem razão o argumento" (fl. 480).

Aduz que "o agravante não foi oportunizada a avaliação das declarações da testemunha de acusação a fim de que pudesse optar por oferecer a sua versão dos fatos no exercício da sua autodefesa. De modo que não tem lugar a alegação de que não houve prejuízo com a inversão da ordem do interrogatório" (fl. 484).

Requer o provimento do presente agravo regimental, em juízo de retratação ou por deliberação colegiada, na forma do art. 258, §3º, do RISTJ, a fim de que seja dado provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada está assim fundamentada (fls. 466-471):

Quanto às tese de nulidade do interrogatório, verifica-se do acórdão:

Preliminarmente, suscita o apelante a nulidade do processo, em virtude da ocorrência de vícios no interrogatório - seja em virtude do fato de o ato ter sido realizado antes do retorno das Cartas Precatórias expedidas para a oitiva de testemunhas da acusação, seja pelo fato de o magistrado e o promotor oficiante terem insistido na formulação de perguntas ao réu, mesmo depois que este manifestou expressamente sua vontade de apenas responder as perguntas de seu advogado.

Sem razão, todavia.

No que tange especificamente à alegação de inversão da marcha processual em decorrência da expedição de precatória, a questão foi bem enfrentada na própria ocasião da audiência de instrução (fls. 84). Segundo dispõe o artigo 222, § 1º, do Código de Processo Penal, "a expedição de carta precatória não suspenderá a instrução criminal".

Conforme estabelece o referido dispositivo, a instrução processual não fica suspensa ou se interrompe, e tampouco o julgamento é adiado, em razão da expedição de carta precatória (neste sentido, TRF4a Região, HC 2009.04.00.041265-2 - PR, 8 a T. rei Paulo Afonso Brum Vaz, 25.11.2009, v.u.).

Por outro Lado, não há evidência de prejuízo decorrente do fato, sem o quê não há de se proclamar a nulidade processual.

[...]

a mesma esteira, a questão relativa à insistência do magistrado e do membro do parquet

em formularem perguntas ao acusado durante seu interrogatório, mesmo após ele ter se manifestado expressamente no sentido de que apenas responderia as perguntas de seu defensor, não gerou qualquer tipo de nulidade, até mesmo porque Paulo Henrique, diante das perguntas, manteve-se inerte, não respondendo nenhuma daquelas (ausência de prejuízo).

A Conduta poderia, sim, configurar possível abuso de autoridade (conforme, inclusive, apontado pelo próprio sentenciante às fls. 230), a ser apurada por meios próprios, mas, quanto à presente instrução em si, não gerou qualquer prejuízo ao ora recorrente Dessa forma, rejeito a preliminar.

Já no que se refere à alegação de nulidade da sentença, sob o fundamento de "carência da fundamentação adotada para afastar a preliminar de nulidade do interrogatório judicial do apelante", observo de fls. 229v1230 que o d. sentenciante apresentou as razões de seu convencimento, afastando expressamente a alegação defensiva (adotando, inclusive, os mesmos fundamentos por mim apresentados para afastar a suposta nulidade processual - também abraçado pelo Colendo STJ, diga-se de passagem, conforme fundamentado acima).

O fato de o julgador adaptar entendimento diverso daquele apresentado pela defesa em sede de alegações finais, por óbvio, não enseja a nulidade da sentença.

Assim, rejeito também esta preliminar, passando à análise do mérito do recurso.

Materialidade e autoria incontestes, tanto que sequer foram objeto de irresignação defensiva, centrando-se o apelo em pleitear questões afetas ao dolo do recorrente ao se apropriar do telefone celular que pertencia a R.N.

Segundo a defesa, o telefone pertencia anteriormente ao apelante, que o vendeu ao marido da vítima pelo valor de R\$ 500,00, tendo sido parcelado o pagamento em uma entrada de R\$ 200,00 e uma parcela posterior de R\$ 300,00. Ocorre que o marido de R. não teria honrado o pagamento da segunda quantia, sendo que o recorrente, "imbuido por um sentimento de revolta ante à inadimplência da vítima, acreditando que a res ainda lhe pertencia" (f Is. 258), apropriou-se do aparelho na ocasião dos fatos.

Ora, data venia, as próprias alegações trazidas nas razões defensivas, por si só, já afastam a "dúvida" acerca do dolo específico (de apropriar-se do que não era seu) do recorrente.

Não há dúvidas de que o recorrente sabia que o celular não mais o pertencia - até mesmo porque ele mesmo entregou o aparelho ao marido de R., mediante o pagamento do valor da entrada—, sendo certo que a propriedade de coisa móvel se transfere com a tradição.

Assim, não há que se cogitar o erro sobre a elementar do tipo "coisa alheia", tendo o apelante, ao tempo do fato, plena ciência de que o objeto pertencia a terceiro.

Noutro vértice, no que pertine à pretendida desclassificação para o delito do art. 345 do CP (exercício arbitrário das próprias razões), também sem razão a defesa.

Portanto, a pretensão deve ser legítima (assentada em um direito) ou, ao menos, revestida de legitimidade.

E, in casu, os relatos do apelante dando conta de que o marido da vítima não teria honrado o pagamento integral do aparelho que lhe havia sido vendido anteriormente (motivo pelo qual teria se apropriado deste novamente), não foram corroborados por nenhum elemento de prova, ônus que incumbia à defesa, nos termos do ad. 156 do CPP.

Ao contrário, sua versão foi contestada pelos relatos da vítima R., que afirmou que seu marido adquiriu o telefone celular do apelante em data pretérita, mediante pagamento à vista.

Dessa forma, demonstrada a prática do delito de furto, conforme narrado na denúncia, não prospera a pretendida desclassificação da conduta para delito menos gravoso (exercício arbitrário das próprias razões).

Os §§ 1º e 2º do art. 222 do Código de Processo Penal prelecionam que, no caso de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, motivo pelo qual o feito prosseguirá, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo-se à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE CORRÉU. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. "Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o feito prosseguirá, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo-se à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado (HC 388.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017)." (AgRg no REsp n. 1.791.285/TO, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 11/5/2020)

2. Ademais, "a Corte de origem destacou que a Defesa tem acesso ao vídeo do interrogatório do corréu, disponível no andamento da carta precatória 0009437-07.2019.8.26.0018 (sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina), cuja chave de acesso está disponível no e-mail de fl. 1001." Por outro lado, o impetrante não demonstrou o prejuízo concreto suportado pela defesa com a apresentação das alegações finais antes da juntada da carta precatória (oitiva do corréu), o que afasta o reconhecimento da nulidade processual (art. 563 do CPP).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 715.051/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS POR CARTA PRECATÓRIA E DOS RÉUS. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NA HIPÓTESE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DEPRECADOS NÃO DETERMINANTES PARA O JUÍZO CONDENATÓRIO. CONVICÇÃO LASTREADA EM ELEMENTOS AUTÔNOMOS E DIVERSOS (FONTES MATERIAIS DE PROVAS INDEPENDENTES). NULIDADE RELATIVA. LEADING CASE DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: RVCR 5.536/DF. REL. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA. ORDEM DENEGADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Embora corréus tenham se insurgido contra a realização do interrogatório antes da inquirição das testemunhas por carta precatória no decorrer da instrução, a Defesa da Agravante suscitou o cerceamento de defesa apenas em preliminar no recurso de apelação, o que torna preclusa a alegação de nulidade.

2. Ademais, o ato deprecado não se consubstanciou em elemento que, por si só, fundou a condenação - conclusão baseada em todo o conjunto probatório produzido na instrução do processo-crime -, de modo que reconhecer que efetivamente houve prejuízo, contrariando o entendimento da jurisdição ordinária, demandaria reexame de provas vedado na via eleita.

3. Assim, não há como reconhecer a alegada nulidade pela realização do interrogatório antes da oitiva de testemunha por carta precatória, pois, além de indemonstrado prejuízo concreto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a inversão procedimental deve ser suscitada no momento oportuno.

4. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 702.199/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022.)

Incide, assim, a Súmula 83 do STJ, segundo a qual não se conhece do recurso especial, quando a orientação do STJ firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida.

Ademais, verifica-se que o recorrente se manteve em silêncio quando interrogado perante a autoridade judicial, de modo que inexistiu prejuízo quanto à ofensa do direito de silêncio. A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DECISÃO

MONOCRÁTICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. NULIDADES. DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO E DE PREJUÍZO. BUSCA DOMICILIAR NÃO AUTORIZADA. FUNDADAS RAZÕES PARA A MEDIDA EXTREMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto à alegada ofensa ao direito ao silêncio, observa-se que a nulidade supostamente ocorrida na fase de inquérito não foi suscitada no momento oportuno, ou seja, na defesa preliminar, a teor do art. 571 do CPP. Verifica-se, ainda, que o paciente se manteve em silêncio quando interrogado perante a autoridade administrativa, de modo que inexistiu prejuízo quanto ao ponto.

3. No que tange ao pleito relativo à busca domiciliar não autorizada, vale lembrar que a Constituição da República, no art. 5º, inciso XI, estabelece que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial."

4. Contudo, as circunstâncias do flagrante evidenciam que, o fato de o agravante ter tentado se desvencilhar de elementos que induziriam o flagrante, dada a prática de crime em via pública, torna legítimo o ingresso dos policiais na residência, o que se deu, num segundo momento, com o seu consentimento.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 724.875/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.)

No tocante às teses de atipicidade da conduta e, subsidiariamente, desclassificação para o delito exercício arbitrário das próprias razões, cabe às instâncias ordinárias fazer o exame do conteúdo fático-probatório para aferir a existência de elementos aptos a embasar a condenação. Sendo assim, para rever a conclusão do julgado combatido, acolhendo-se a tese de atipicidade da conduta ou desclassificação da conduta, seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte. Confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO, LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO, AMEAÇA E INCÊNDIO EM CASA HABITADA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DO ART. 150, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - CP. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. QUALIFICADORA DO CRIME DE INCÊNDIO. CASA HABITADA OU, NO MÍNIMO, DESTINADA À HABITAÇÃO. INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REGIME INICIAL DE PENA. NÃO INDICADOS NO RECURSO ESPECIAL OS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem considerou que a prática do crime de invasão restou comprovada, de modo que entender de forma diversa e reconhecer a atipicidade conduta, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, a teor do óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

2. "Quanto à causa de aumento do art. 250, § 1º, II, "a", impõe-se a incidência da referida majorante ainda que a residência não estivesse desocupada no momento da prática delituosa, pois o texto legal menciona 'casa habitada ou destinada a habitação'" (HC n. 437.468/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 28/6/2018).

3. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal eventualmente violado implica

em deficiência de fundamentação do recurso especial. Assim, incide, por analogia, a Súmula n. 284 do STF, segundo a qual, "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.093.101/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. ART. 334-A, CAPUT E § 1º, IV, DO CP, C/C O ART. 3º DO DECRETO-LEI N. 399/1968. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA AFASTADA. REVISÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ.

1. O posicionamento adotado no acórdão recorrido está em sintonia com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, no sentido de que não há ilegalidade no aproveitamento de provas colhidas ou autorizadas por Magistrado aparentemente competente para processar e julgar o feito, podendo as mesmas serem ratificadas e confirmadas, a posteriori, pelo Juízo competente, com aplicação da teoria do juízo aparente, mesmo nos casos de incompetência absoluta. Precedentes.

2. A alteração da convicção motivada na origem, em relação à presença do elemento subjetivo do tipo penal, a fim de absolver o ora agravante, demandaria o exame aprofundado do conteúdo fático e probatório dos autos, o que é vedado, em recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7 desta Corte.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 2.223.260/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Nesta Corte, o recurso especial do agravante não foi provido com fundamento nas Súmulas n. 83/STJ e 7/STJ.

Como se observa, o Tribunal *a quo* reconheceu a existência da inversão da ordem do interrogatório do réu, mas afastou o reconhecimento da nulidade, tendo em vista que não teria sido demonstrado o prejuízo à defesa.

Tal entendimento encontra amparo na jurisprudência desta Corte que, em recente julgamento do REsp n. 1.946.472/PR, representativo de controvérsia, da relatoria do Ministro Messod Azulay, Terceira Seção, DJe 25/9/2023, fixou a tese de que "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, na pendência do cumprimento de carta precatória, tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu." Confira-se a ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA - ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE DESPROVIDO.

I - Em que pese haver entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal, ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei nº11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - A moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. **Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.**

VI - No caso concreto, observa-se que a alegação foi feita em momento oportuno, contudo, não apontado o prejuízo concreto com a alteração da ordem prevista no art. 400, somente se limitando a afirmar ter sido ouvido antes da mais importante testemunha, Marcio, a única que foi ouvida depois do interrogatório. Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados tanto na auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré.

VII - As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de responsabilidade criminal; à absolvição face ao primado do in dubio pro reo; à recapitulação da figura típica; e, por fim, à revisão da dosimetria da pena e regime prisional, não serão conhecidas em virtude de flagrante incidência da Súmula 7/STJ, dada a manifesta necessidade de revolvimento fático.

VIII - Não havendo similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art. 400, de vez que aqui todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e comprovação do prejuízo não foram demonstrados.

IX - Tese jurídica: O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não

ao interrogatório.

O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

No mesmo sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. 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 NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, ao acompanhar o entendimento firmado pela Suprema Corte, no julgamento do HC n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI, tem decidido que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado. Em razão da modulação dos efeitos da decisão, a nova compreensão somente é aplicada aos processos em que a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11/3/2016)" (HC 390.707/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017).

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. Cumpre 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.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.946.048/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 12/09/2023).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. ACESSO A DADOS DO CELULAR DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL PRÉVIO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. EXCEPCIONALIDADE. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FONTES INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. BIS IN IDEM ENTRE OS FUNDAMENTOS ADOTADOS PARA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006 E A INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 62, INCISO I DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282/STF E 356/STF. PRETENSÃO DE ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL. PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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).
2. Nesse contexto, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, em que pese o art. 5º, inciso XI, da CF garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, porquanto, "tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida" (HC 306.560/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015).
3. Na espécie, o Tribunal a quo consignou a presença de fundadas razões a justificar a conduta dos policiais, asseverando que houve efetiva apreensão prévia de entorpecente em poder do recorrente, no ato da abordagem, circunstância que ensejou a diligência realizada (e-STJ fl. 747). Assim, não há se falar em ausência de justa causa.
4. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de considerar ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial.
5. Na espécie, contudo, as instâncias ordinárias asseveraram que, ao ser abordado pelos policiais militares, o corréu inicialmente negou a propriedade do celular localizado próximo a ele (e-STJ fl. 549), tendo os policiais realizado uma breve consulta dos dados do aparelho abandonado em via pública, a fim de identificar a propriedade do objeto (e-STJ fl. 419). Ora, diante dessa específica particularidade do caso concreto (negativa do acusado de que o celular lhe pertencesse), deve ser mantido o afastamento da suposta ilicitude das provas obtidas a partir do acesso pelos policiais às informações contidas no referido aparelho celular apreendido.
6. Outrossim, da leitura da sentença condenatória e do acórdão recorrido, observa-se que a prática delitiva foi demonstrada também por outros meios de prova, robustos e independentes das mensagens de WhatsApp acessadas no celular apreendido, como a prisão do corréu em flagrante delito, a confissão da recorrente, a quantidade de droga apreendida (30 porções individuais de cocaína), os depoimentos dos policiais, a perícia posteriormente realizada no aparelho celular apreendido, bem como as demais circunstâncias da apreensão (e-STJ fls. 555/559, 564, 750/751).
7. Não bastasse isso, como é cediço, esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que o reconhecimento de eventual nulidade, relativa ou absoluta, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP. Na espécie, a defesa não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício, visto que a condenação se sustenta por outros meios de prova constantes dos presentes autos.
8. No que tange à pretensão de reconhecimento da nulidade da instrução processual, desde o interrogatório, por suposta violação do art. 400, do CPP, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento 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 Min. Felix Fischer, julgado em 11/9/2018, DJe 20/9/2018), o que não ocorreu na hipótese dos autos.
9. Quanto ao pleito de reconhecimento de ocorrência de *bis in idem* entre os fundamentos adotados para a tipificação do delito do art. 35, da Lei n. 11.343/2006 e para a incidência da agravante prevista no art. 62, inciso I, do CP, na espécie, a Corte a quo não analisou a

controvérsia sob a ótica de tais argumentos (e-STJ fls. 744/754), tampouco foram opostos embargos de declaração, não podendo, portanto, a referida tese ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento.

Incidência das Súmulas 282 e 356, ambas do STF.

10. Mantida a pena da recorrente no quantum fixado pelas instâncias ordinárias, isto é, em patamar superior a 8 (oito) anos - 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (e-STJ fl. 753) -, fica prejudicada a pretensão de fixação de regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda corporal, em observância ao art. 33, § 2º, alínea "a", do CP.

11. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.573.424/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/9/2020).

No caso, a defesa não se desincumbiu de tal ônus: limitou-se a sustentar genericamente ser o prejuízo enfrentado por desconhecer o conteúdo do depoimento da testemunha de acusação. Especificamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que deve ser seguida pelo STJ é a que aponta que a concretização do interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas e da vítima lhe priva do acesso à informação, promovendo nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do 'contraditório' e da 'ampla defesa'.

2. Dessa forma, a regra excepcional do § 1º do art. 222 do CPP não autoriza a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do mesmo diploma legal, antes do final da instrução, haja vista que esta exceção aplica-se ao interrogatório das testemunhas, e não do réu, que, por sua vez, não se confunde com aquele ato processual - inquirição das testemunhas - porque não é produção de prova, mas sim exercício da 'ampla defesa' e do 'contraditório'. Precedentes.

3. Destaca-se ainda que no julgado mais recente da Terceira Seção (RvCr 5.563/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2021, DJe 21/05/2021), ainda que se tenha reconhecida a nulidade da inversão da ordem de interrogatório, conclui-se que essa nulidade, por ser relativa, '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).

4. Conforme extrai-se dos autos, a Defesa não se insurgiu contra a inversão da ordem das inquirições durante a audiência. **Ademais, não restou demonstrado o efetivo prejuízo, não havendo falar, portanto, em nulidade.**

5. Agravo Regimental improvido." (AgRg no HC n. 732.518/SC, relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 10/2/2023.)

Portanto, não havendo a efetiva demonstração de prejuízo, pois não se apontou de que maneira a efetiva observância da norma em tela teria repercutido de forma benéfica na situação processual do acusado, sobretudo no caso em tela, em que o réu permaneceu em silêncio durante o seu interrogatório, não há constrangimento ilegal resultante da feitura do interrogatório antes da devolução de carta precatória expedida

para oitiva de testemunha da acusação. Incide, pois, a Súmula n. 83/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no REsp 2.038.482 / MG

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0361125-6

Número de Origem:

00179811020168130110 10110160017981001 10110160017981002 179811020168130110

Sessão Virtual de 05/12/2023 a 11/12/2023

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO HENRIQUE DE SOUSA

ADVOGADO : MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO - MG177478

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO : DIREITO PROCESSUAL PENAL - DENÚNCIA/QUEIXA - DESCLASSIFICAÇÃO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE DE SOUSA

ADVOGADO : MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO - MG177478

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/12/2023 a 11/12/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 12 de dezembro de 2023