

HABEAS CORPUS Nº 475.001 - SC (2018/0276610-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
MAURICIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO - MG151889
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA VIEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de RAFAEL DA SILVA VIEIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0006768-72.2015.824.0033).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de 2 ano e 6 meses de reclusão em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso nos termos do acórdão que restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, NA MODALIDADE PRIVILEGIADA (ART. 33, "CAPUT", C/C § 4º, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DEMONSTRADAS. GRANDE QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTES JÁ ACONDICIONADA EM PORÇÕES INDIVIDUAIS, PRONTA PARA O COMÉRCIO.

AUMENTO DO PATAMAR REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE QUE NÃO PERMITE A ADOÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA REPRIMENDA. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 142.750/RJ). POSIÇÃO ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. IMEDIATO CUMPRIMENTO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (fl. 470).

Foram, ainda, rejeitados os embargos de declaração opostos pela Defensoria Pública (fls. 518/258).

No presente *mandamus*, alega nulidade da ação penal em razão de violação do art. 400, *caput*, do Código de Processo Penal. Assevera que o interrogatório do ora paciente inaugurou a instrução processual e que tal providência é vedada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Requeru, em liminar, a suspensão dos efeitos da condenação e, no mérito, o reconhecimento da nulidade aventada.

A liminar foi deferida apenas para suspender a execução das penas restritivas de direito até o julgamento definitivo do *writ* ou do trânsito em julgado da condenação (fls. 533/535).

Informações prestadas às fls. 542/546 e 548/606.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 610/614).

É o relatório.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado em 16/7/2015, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06). O interrogatório foi realizado em 12/5/2017, no início da audiência de instrução e julgamento, conforme determina o art. 57 da Lei de Drogas.

No entanto, o impetrante sustenta que o processo deve ser anulado, pois o interrogatório deveria ter sido realizado por último, conforme prevê o art. 400 do Código de Processo Penal – CPP:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

De fato, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, em 3/3/2016, fixou orientação no sentido da aplicação do art. 400 a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, desde que a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento.

Esta Corte Superior passou a seguir essa orientação, ressaltando que a nulidade do interrogatório realizado no início da audiência está sujeita à preclusão quando a defesa não a alega oportunamente, bem como depende da demonstração de efetivo prejuízo ao réu.

Confiram-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO PRETÓRIO EXCELSO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL CONCLUÍDA DEPOIS DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. MÁCULA NÃO ARGUIDA PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS SUPORTADOS PELO RÉU. EIVA NÃO CONFIGURADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça possuía entendimento pacífico no sentido de que se a Lei 11.343/2006 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, deve ser aplicada a legislação específica, pois as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900/AM, firmou a compreensão de que o artigo

400 da Lei Penal Adjetiva deve ser observado nos procedimentos especiais, tese que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve ser aplicada às instruções processuais não encerradas a partir da data de publicação da ata de julgamento.

3. Embora tal decisão seja desprovida de caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, razão pela qual passou a ser seguido por este Sodalício.

4. Embora a instrução tenha ocorrido após a publicação da ata do julgamento realizado pelo Pretório Excelso, o caso dos autos possui peculiaridades que impedem o reconhecimento da eiva suscitada.

5. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

6. No caso dos autos, da leitura da ata da audiência verifica-se que a Defensoria Pública em momento algum contestou ou questionou o fato de o acusado haver sido ouvido no início da assentada, não podendo, depois de concluída a fase instrutória, requerer a anulação do ato, uma vez que o ordenamento jurídico repudia a adoção de comportamentos contraditórios em sede processual. Precedente.

7. Em momento algum o impetrante logrou comprovar em que medida o paciente teria sido prejudicado com o fato de haver sido interrogado antes da colheita dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa, circunstância que reforça a impossibilidade de reconhecimento mácula aventada, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, que prescreve que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 446.532/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018)

No caso, a suposta nulidade do interrogatório está preclusa, pois não foi alegada no momento apropriado. A defesa permaneceu silente na audiência, nas alegações finais e nas razões da apelação, tendo levantado o tema somente nos embargos de declaração opostos ao acórdão do referido recurso (fl. 522).

Além disso, não ficou demonstrado efetivo prejuízo à defesa, pois a alegação de que ele poderia ter planejado adequadamente a sua estratégia de defesa é insuficiente para tal fim.

Por fim, com relação ao início da execução provisória da pena, verifica-se a prejudicialidade do *writ* neste ponto, tendo em vista o trânsito em julgado da

condenação em 18/12/2018, conforme constatado em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, revogada a liminar anteriormente concedida.

Publique-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

