

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.891 - SP (2018/0340175-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RECORRENTE : RENAN SANTOS COIMBRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2003 (tráfico de drogas), às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 166 dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso, conforme acórdão de fls. 430/442.

Em sede de recurso especial, a defesa alega violação dos arts. 387, § 2º, e 400 do Código de Processo Penal - CPP e 33 e 44 do Código Penal - CP.

Sustenta cerceamento de defesa, pela inobservância na ordem do interrogatório. Aduz que a Lei n. 11.719/2008 modificou os procedimentos comuns elencados no CPP.

Afirma que a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas afasta a hediondez do delito, assim o regime fechado não é automático. Diz que o recorrente faz jus ao regime aberto, pois é primário, de bons antecedentes e a pena é inferior a quatro anos.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 477/487. O recurso especial foi admitido (fl. 490). O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do especial (fls. 500/515).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

Não merece provimento a irresignação.

O Tribunal de origem afastou a alegada nulidade sob os seguintes fundamentos (fls. 433/435):

Superior Tribunal de Justiça

O artigo 57 da Lei 11.343/2006 estabelece que, na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á ao interrogatório do acusado e, em seguida, à inquirição das testemunhas. Por outro lado, o artigo 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, dispõe que, na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida e por último, o acusado. E, na conformidade do disposto no artigo 394, § 2º, do Código de Processo Penal, a lei especial prevalece sobre o Código de Processo Penal.

[...]

Ademais, da oitiva dos interrogatórios e dos depoimentos dos policiais militares, percebe-se claramente que Renan foi inquirido acerca de todas as teses e descrições, bem como teve concedido todo o tempo e os meios necessários à preparação de sua defesa, não se vislumbrando ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tampouco ao Pacto de São José da Costa Rica.

Considerando que no presente feito o réu foi sentenciado em 16/05/2017 e condenado por tráfico de drogas, observo que não caberia a realização do interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas. Entretanto, na hipótese destes autos, embora possível a aplicação do entendimento firmado no julgamento do HC 127.900/STF, para fazer prevalecer o art. 400 do Código de Processo Penal (procedimento comum ordinário) sobre a norma especial do art. 57 da Lei Antidrogas, depreende-se da leitura dos excertos acima que não restou demonstrado o prejuízo à defesa, restando inviável o reconhecimento da alegada nulidade.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. IMPUGNAÇÃO EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ESPECÍFICA DO PREJUÍZO SOFRIDO PELO PACIENTE. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Superior Tribunal de Justiça

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

*II - O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do **habeas corpus n. 127.900/AM**, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de 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" (HC n. 390.707/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 24/11/2017).*

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

IV - É firme o entendimento deste Tribunal Superior de que, para que se reconheça nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, é necessário que o inconformismo defensivo tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão, bem como que é necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão. Precedentes.

V - Dos autos, verifica-se que a Defesa, muito embora tenha se manifestado no ato da audiência quanto a ordem na oitiva e interrogatório, todavia, não apontou especificamente qualquer prejuízo e tampouco o fez em outro momento oportuno. Tais circunstâncias afastam a ocorrência de prejuízos à Defesa e impedem o reconhecimento da nulidade arguida.

*VI - A jurisprudência desta Corte de Justiça 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**, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese.*

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 496.341/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/05/2019).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE ABSOLUTA. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO

Superior Tribunal de Justiça

CPP. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. 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. A Quinta Turma desta Corte 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, grifos no original).

3. No caso em exame, 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, consoante se infere do termo de interrogatório e da ata de audiência de instrução e julgamento.

4. Embora o interrogatório do agravante tenha ocorrido no início da audiência de instrução, tal fato, por si só, não inquina de nulidade o feito, uma vez verificada a preclusão da matéria, além de não demonstrado efetivo prejuízo à defesa, o que impede o reconhecimento da nulidade arguida.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1.438.743/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/09/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INCABÍVEL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO REALIZADO COMO ATO INAUGURAL DA INSTRUÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE AFASTADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. SEM EFEITO AS LIMINARES DEFERIDAS.

[...]

2. Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação,

Superior Tribunal de Justiça

mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça (HC 117.952/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27/05/2010, DJe 28/06/2010).

3. No presente caso, na audiência de instrução realizada em 8/11/2016, a defesa deixou de suscitar, logo após o interrogatório do réu, o eventual prejuízo advindo da inversão do interrogatório. E em que pese ter arguido a preliminar em memoriais escritos, não explicitou, de maneira concreta, de que forma a referida inversão influenciaria no resultado da condenação. Precedentes.

4. A propósito, no julgamento do HC 127.900/AM, o Tribunal Pleno decidiu que "a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado." A ata do referido julgamento foi publicada em 11.03.2016. Todavia, o referido precedente do Plenário do STF deve ser compreendido à luz do art. 563 do CPP, que prescreve que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa." Vale dizer, a inobservância do rito fixado pela Corte não acarreta automática invalidade do processo, incumbindo, sob a ótica da instrumentalidade das formas, a aferição do gravame suportado pelo interessado. Referida análise não se traduz, simplesmente, a partir da condenação. É imperioso que o interessado evidencie certo nexos causal entre a suposta irregularidade e o resultado da ação penal, bem como que indique, ao menos de forma indiciária, a possibilidade efetiva de reversão do julgamento se ausente a nulidade ventilada, o que não ocorreu no caso.[...]" (STF, HC 155.087/MG, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 01/08/2018).

5. Habeas corpus não conhecido. Sem efeito as liminares deferidas (HC 437.037/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 20/09/2018).

No tocante ao regime de pena, razão assiste ao recorrente.

Com efeito, a natureza e a quantidade dos entorpecentes constituem fundamentação idônea para justificar o regime mais gravoso, no caso o semiaberto, e a vedação à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto nos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 44, III, ambos do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO, FIXAR O REGIME MAIS GRAVOSO E VEDAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No caso concreto, o Tribunal de origem, não obstante tenha expressamente apontado a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (16g de pasta base de cocaína e 510g de maconha) para fundamentar tanto a escolha de fração intermediária na redução relativa à causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado quanto o afastamento da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, estipulou o regime aberto para o início do cumprimento da pena, o que não merece prosperar.

2. É cediço na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça que, na hipótese de tráfico ilícito de entorpecentes, a quantidade e qualidade da droga apreendida constituem fundamento idôneo para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Na espécie, em consonância com o entendimento consolidado, é de rigor a manutenção do regime semiaberto, fixado no julgamento do recurso especial ministerial, para o início do cumprimento da pena pelos ora recorrentes, por se mostrar mais adequado à prevenção e reparação do delito.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.800.892/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 23/05/2019).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL SEMIABERTO. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Firme nesta Corte o entendimento de que o Magistrado deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). In

Superior Tribunal de Justiça

casu, foram apreendidas 325,7g de maconha e 221,3g de cocaína, o que justifica a aplicação do redutor de pena no patamar de 1/2.

2. A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da pena, no caso o semiaberto, bem como inviabiliza a conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1.394.010/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2019).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator