

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.678 - SP (2019/0274161-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : BRUNO APARECIDO COSTA DOS SANTOS
ADVOGADOS : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES - SP331639
RICARDO AMADO SCHELL RIBAS SILVEIRA ALVES -
SP417196
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por BRUNO APARECIDO COSTA DOS SANTOS de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu o recurso especial interposto contra o acórdão da Apelação n. 0004623-83.2016.8.26.0637.

Consta dos autos que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Tupã condenou o agravante pela prática da conduta tipificada no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa (e-STJ fls. 655-682).

O TJSP deu parcial provimento à apelação, tendo redimensionado a pena para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 194 dias-multa. A pena corporal foi substituída por sanções restritivas de direitos. Confira-se a ementa do acórdão (e-STJ fls. 1.088-1.106):

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Defesa de CHARLES RODRIGO pretende absolvição ou desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Defesa de WASHINGTON LUIZ pugna, preliminarmente, realização de exame de dependência toxicológica. No mérito, requer a absolvição pela fragilidade de provas. Subsidiariamente, requer a aplicação do redutor no seu patamar máximo e abrandamento de regime. Defesa de WASHINGTON DAVID, por seu turno, preliminarmente, requer o direito de recorrer em liberdade e, no mérito, alega necessidade de absolvição sumária, afastamento da majorante relativa ao art. 40, VI, da Lei de Drogas ou aplicação do redutor, abrandamento de regime e substituição da carcerária por restritivas de direitos. A defesa de BRUNO argumenta nulidade em razão da invasão domiciliar por policiais sem mandado judicial e por conta da inversão do interrogatório. No mérito, pretende absolvição ou desclassificação para o artigo 28 da Lei de drogas. Ou, ainda, aplicação do redutor, abrandamento de regime, substituição por penas alternativas, direito de recorrer em liberdade, justiça gratuita e restituição dos bens e valores apreendidos. Preliminares devem ser afastadas. Materialidade e autoria comprovadas. Versão aventada pelos réus restou desmentida pelo restante do conjunto probatório. Condenação bem lançada. Pena comporta reparo. De rigor aplicação do redutor do art. 33, §4º em grau máximo. Carcerária deve ser substituída por

restritivas de direitos. Fixação de regime aberto para hipótese de expiação. Precedentes das Cortes Superiores. - Parcial provimento para reduzir a pena, atenuar o regime prisional e substituir a carcerária por restritiva de direitos.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 1.144-1.171 e 1.174-1.184).

No recurso especial (e-STJ fls. 1.115-1.143), a defesa aponta violação dos seguintes dispositivos:

i) art. 240 e 400 do Código de Processo Penal, por nulidade do flagrante, ante a ilegal invasão de domicílio procedida pelos policiais militares, eis que não havia fundadas razões que autorizassem o ingresso, e do interrogatório, que foi o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento;

ii) art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, ante a necessidade de desqualificar o delito;

iii) art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, porque a condenação se baseou unicamente nos depoimentos dos agentes de polícia.

Em juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 1.227-1.228), o TJSP não admitiu o recurso, pelas Súmulas n. 7 e 182 do Superior Tribunal de Justiça e negou seguimento no que tange tese de ilegalidade da busca e apreensão sem mandado judicial, tendo em vista a manifestação do STF no julgamento do RE n. 603.616/RO (Tema 280), em repercussão geral.

Neste agravo (e-STJ fls. 1.231-1.259), o recorrente sustenta que os óbices indicados na decisão não se aplicariam ao caso.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

Contraminuta às e-STJ fls. 1.262.1.270.

Em parecer (e-STJ fls. 1.2844-1.295), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo, para negar seguimento ao REsp.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão, o recurso especial merece análise.

Verifica-se que o TJSP se manifestou com os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 1.094-1.103):

[...]

Conforme a inicial, no dia do ocorrido, policiais militares receberam denúncia anônima de que indivíduos estavam embalando drogas na residência do réu WASHINGTON LUIZ.

Ao se dirigirem ao endereço indicado, foram avistados por Gabriela, companheira do dono da casa, a qual passou a gritar de forma a alertar os réus de que a polícia estava no local. Diante desta reação, os milicianos adentraram ao imóvel e se deparam com os apelantes e um adolescente embalando substância entorpecente. Foram apreendidas uma carteira, contendo documentos pessoais de WASHINGTON LUIZ e a importância de R\$127,00 (cento e vinte e sete reais), 26 (vinte e seis) porções de cocaína, 03 (três) eppendorfs vazios contendo resquícios da mesma droga, bem como um prato transparente, uma colher, uma peneira pequena e um pedaço de plástico de cor

azul, todos também contendo resquícios de cocaína.

As preliminares devem ser afastadas.

[...]

Quanto ao pleito de nulidade em razão de suposto cerceamento de defesa alegado pelo defensor de WASHINGTON LUIZ, ante o indeferimento de exame de dependência toxicológica do acusado, o mesmo não comporta guarida.

A pretendida instauração do incidente de dependência toxicológica, conforme reiterado entendimento desta e das Cortes Superiores, não decorre pura e simplesmente da declaração de usuário ou viciado feita pelo agente, mas da convergência de elementos concretos a indicar que, em razão de eventual dependência, pudesse estar comprometida sua capacidade de discernimento ou de autodeterminação no momento do delito.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A simples declaração do réu de ser dependente de drogas não obriga o juiz do processo a determinar a realização do exame toxicológico, cabendo ao julgador aferir a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção em cada caso concreto, dentro de sua discricionariedade regrada. Precedentes desta Corte e do Col. Supremo Tribunal Federal” (Habeas Corpus nº 28.105-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.6.2003).

Na espécie, como bem observou a r. sentença, nada de concreto foi colacionado aos autos que pudesse dar credibilidade à alegada condição de dependente, razão pela qual a medida era mesmo desnecessária, não se vislumbrando, em seu indeferimento, qualquer cerceamento à atuação da defesa.

Pelo mesmo motivo, não se há falar em submissão do acusado BRUNO, bem como os demais, a realização do referido exame. De mesmo modo, não se há falar em nulidade do feito pela apreensão das drogas no interior da residência do acusado, sem a respectiva autorização judicial.

Isso porque, tenha ou não consentido com o ingresso dos agentes no imóvel, é fato incontroverso que os acusados mantinham material entorpecente no local.

Portanto, existente a situação de flagrante delito, a qual é apta, por si só, a autorizar a entrada dos policiais no imóvel, independentemente de qualquer mandado judicial.

Nesse sentido, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“O tráfico de drogas, por ser crime permanente, protraí a sua consumação no tempo. Enquanto o agente portar a droga, permanecerá em flagrante delito e, nessa condição, o ingresso em sua residência, com a apreensão do objeto do crime, não ofende a inviolabilidade do domicílio, eis que caracterizada a hipótese excepcionalizada pela Constituição no inciso XI do artigo 5º” (HC 101.628/SP 6ª T. Rel. Min. Jane Silva j. 21.10.08, DJe 10.11.08).

Daí por que, não há que se falar em nulidade da apreensão das drogas, que foi realizada com amparo em hipótese excepcional, prevista pela própria Constituição Federal.

No tocante à inversão da realização do interrogatório dos acusados na audiência de instrução e julgamento, ao ler a decisão exarada pelo magistrado de primeiro grau, resta claro que se adotou o rito expressamente determinado pela Lei nº 11.343/06, nos termos de seu artigo 57.

Portanto, ante a observação do rito especial da Lei de Drogas, é legítimo o interrogatório dos réus antes da ouvida das testemunhas de acusação e da

prova pericial. Ademais, ao contrário do objetivou o zeloso advogado, a simples alegação de nulidade, repise-se, sem apontar efetivo prejuízo decorrente da opção de rito, não possui força tornar o feito nulo.

Destarte, conforme a regra pás de nullité sans grief, não havendo indicação de qualquer prejuízo concreto suportado pelos acusados, de rigor o afastamento da nulidade invocada.

Rejeitadas as arguições preliminares, no mérito, melhor sorte não o socorre.

A absolvição é meta impossível de ser alcançada.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/20), pelo boletim de ocorrência (fls. 21/25), pelos autos de exibição e apreensão (fls. 32/33) e pelos positivos laudos de constatação (fls. 35) e de exame químico toxicológico (fls. 326/329), que confirmaram a natureza entorpecente das substâncias apreendidas.

Da mesma forma a autoria.

O acusado CHARLES RODRIGO JACINTO, em sede policial, afirmou que a residência onde foram apreendidas as substâncias entorpecentes era sua e de sua ex-esposa, que é prima da testemunha Gabriela. Após a separação, passou a dividir o imóvel com ela e WASHINGTON. Aduziu ser WASHINGTON traficante e, no dia dos fatos, este o chamou para experimentar “crack” que estava embalando. Neste momento, os policiais militares invadiram o local e apreenderam as drogas e alguns objetos que eram utilizados para manipular drogas. Narrou estar tão somente fazendo uso do entorpecente quando os milicianos chegaram, bem como asseverou que os demais réus, WASHINGTON DAVID, BRUNO e o adolescente Daniel, estavam presentes no local apenas para fumarem um “baseado” fornecido por WASHINGTON, o qual, inclusive, com a chegada dos agentes da lei, evadiu-se do imóvel. Afirmou tratar-se de usuário de drogas (cf. fl. 14).

Em solo judicial, afirmou estar fazendo uso de entorpecentes quando a polícia chegou ao imóvel, negando ter conhecimento acerca do envolvimento dos demais corréus com o tráfico de drogas. Aduziu que o adolescente não estava usando drogas (cf. fls. 530/533).

O denunciado BRUNO APARECIDO COSTA DOS SANTOS, em solo policial, disse estar em sua residência quando WASHINGTON LUIZ o chamou para devolver uma bicicleta, sendo certo que, após, foram até uma loja de conveniência e compraram um fardo de latas de cerveja para consumirem na residência deste. Neste local, já se encontraram CHARLES, WASHINGTON DAVID e o adolescente. Em seguida, policiais militares chegaram e localizaram porções de cocaína no chão de um quarto da casa, sendo certo que neste momento WASHINGTON LUIZ empreendeu fuga do local. Afirmou tratar-se de usuário de drogas (cf. 16).

Em juízo, afirmou tão somente ter sido convidado por WASHINGTON DAVID para ir até o local dos fatos e “fumar um baseado” (cf. fls. 534/536). O réu WASHINGTON DAVID FERREIRA DA COSTA, na fase inquisitorial, narrou ter chamado seu amigo BRUNO para juntos irem até a casa de WASHINGTON LUIZ fazer uso de entorpecentes. Ao adentrarem a residência, avistou WASHINGTON LUIZ manipulando drogas em quarto. Em seguida, policiais militares entraram no imóvel e encontraram os entorpecentes, além de objetos utilizados por WASHINGTON para manipular drogas. Contudo, este logrou evadir-se do local. Afirmou tratar-se de usuário de drogas (cf. fl. 18). Em juízo, negou ter conhecimento da existência de entorpecentes no

local, bem como do uso de substância ilícita pelos demais presentes no local (cf. fls. 537/538).

O denunciado WASHINGTON LUIZ ALVES DE ALMEIDA, sempre que ouvido, negou a prática da traficância, asseverando não estar em sua residência quando os policiais militares lá entraram. Encontrava-se na casa de sua genitora, quando recebeu uma ligação informando que sua companheira Gabriela e mais alguns sujeitos, ora réus, e um adolescente, seriam levados para delegacia, pois havia sido encontradas drogas em seu imóvel. Declarou os conhecer apenas de vista, com exceção de CHARLES, que é parente de Gabriela. Afirmou ser usuário de maconha e crack (cf. fl. 139/140 e fls. 539/542).

O adolescente Daniel Sabino de Souza, ouvido em sede policial, afirmou estar, no dia dos fatos, procurando por seu amigo WASHINGTON DAVID, quando lhe avisaram que este se encontrava na casa de WASHINGTON LUIZ. Ao se dirigir ao local indicado, lá já se encontraram BRUNO, WASHINGTON DAVID e CHARLES. Em seguida, policiais militares chegaram ao imóvel e localizaram “pinos” de “crack” (cf. fl. 20).

A testemunha Gabriela Fernanda Pinheiro da Silva, esposa de WASHINGTON LUIZ, em juízo, afirmou estar no local dos fatos quando os milicianos chegaram, porém não visualizou o momento que encontraram as porções de drogas. Negou ter alertado os demais acerca da presença dos agentes da lei (cf. fls. 557/561).

A versão defensiva, no entanto, restou isolada nos autos, sendo infirmada pelas demais provas colhidas.

Os policiais militares Élcio José Bertholdo e Getúlio Lopes Diniz, narraram os fatos nos termos da denúncia. Disseram que, no dia do ocorrido, foram até o local dos fatos, após denúncia anônima de que alguns indivíduos estavam embalando drogas no endereço indicado. Ao chegarem na residência, uma mulher, que estava na janela, passou a gritar avisando acerca da presença policial. Neste momento, adentraram ao imóvel e avistaram um indivíduo empreendendo fuga, não conseguindo detê-lo, enquanto outros sujeitos estavam no interior da casa embalando entorpecentes. Indagados, todos afirmaram que a droga pertencia ao WASHINGTON que lá residia e que estavam apenas embalando as substâncias ilícitas para este. Obtiveram a informação, ademais, que a moça que os alertou acerca da presença dos milicianos tratava-se de Gabriela, esposa de WASHINGTON. Um adolescente também estava presente junto aos demais na ocasião do flagrante. Após, lograram identificar WASHINGTON como o sujeito que havia saído correndo no momento da chegada dos policiais (cf. fls. 543/550 e 552/556).

Os relatos dos milicianos mostraram-se coerentes e dignos de credibilidade. Nada de concreto se apurou a desqualificá-los. A verdade é que não podem ser tomados por suspeitos apenas e tão somente em virtude da função por eles ocupada, no exercício diário do combate a criminalidade.

Para tanto, seria de rigor a existência de indícios, mínimos que fossem, a apontar que possuíam alguma animosidade anterior, interesse particular na ocorrência ou atuação por qualquer forma abusiva, o que não ocorreu na espécie.

Nada há nos autos no sentido de que pretendiam acusar falsamente os réus.

Conforme já se decidiu no Colendo Supremo Tribunal Federal:

“... o valor de depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório

- reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com os outros elementos probatórios idôneos.” (MC nº 73.518-5 - Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 18.10.96, p. 39.846).

Assim, as quantidades de droga apreendida, aliada à forma de seu acondicionamento retratam que esta seria destinada para fins de tráfico, consistente na distribuição do entorpecente a terceiros que por ela pagassem caracterizando-se, assim, o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Ainda, conforme o conjunto probatório constante dos autos, a prática da mercancia espúria resta evidenciada, ante as simplórias e contraditórias versões defensivas, os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante os quais foram uníssonos em narrar terem visto os réus embalando entorpecentes -, bem como pela prova material colhida.

Por este motivo, a condenação pelo delito de tráfico de drogas era mesmo de rigor, não justificável qualquer tentativa de desclassificação para conduta prevista no art. 28 da Lei Antitóxicos, até porque a condição de usuário, mesmo se assim fosse, não exclui a prática da possibilidade de mercancia por parte deste.

[...]

Da leitura do excerto, constata-se que o TJSP rejeitou a preliminar de nulidade, por ausência de exame toxicológico do agravante, por considerá-lo fundamentadamente desnecessário, com arrimo no acervo probatório dos autos.

Aliado a isso, após detida análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, o TJSP concluiu existir prova suficiente da autoria e da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, não sendo hipótese de desclassificação da imputação para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Para desconstituir as conclusões do julgado, no intuito de abrigar o pleito de desclassificação da conduta criminosa analisada na origem seria necessário a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias, que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Verifica-se, também, que a condenação do agravante não se baseou unicamente nas declarações dos policiais. Desse modo, aplica-se à tese o mesmo óbice da Súmula n. 7/STJ, porque, para aferir se há outras provas da autoria e da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes será necessário reexaminar provas.

Quanto ao ponto, ressalte-se que esta Corte Superior possui entendimento remansoso no sentido de que o depoimento de policiais, os quais, de acordo com o acórdão ora combatido, visualizaram a prática do tráfico, constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que reforça a legalidade da decisão recorrida.

No julgamento de questões semelhantes, esta Corte superior manifestou-se nesse sentido. Confirmam-se (destaques acrescidos):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. OFENSA AO ART. 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. OBSERVÂNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A hipótese dos autos demonstra que a denúncia contém a exposição de todos os fatos juridicamente relevantes e necessários à tipificação do delito imputado ao agravante, os quais permaneceram os mesmos, o que lhe garantiu o pleno exercício da ampla defesa, não sendo o caso de aditamento da peça acusatória.

2. O acolhimento do pleito de absolvição por ausência de prova da materialidade ou atipicidade demandaria o reexame o conjunto probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial. Inafastável a incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 720.305/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe 3/9/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para entender-se pela absolvição do recorrente, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.275.114/DF, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 3/9/2018)

Sobre a ordem de interrogatório do réu, destaca-se que esta Corte Superior de Justiça possuía entendimento pacífico no sentido de que o procedimento previsto na Lei n. 11.343/2006, que determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, pois as regras do rito comum ordinário, dentre as quais a do artigo 400 do Código de Processo Penal, só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. PROCEDIMENTO DA LEI DE DROGAS. INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. LEGALIDADE. RITO ESPECIAL NÃO ALTERADO PELO CPP. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a alteração do momento do interrogatório no curso do procedimento comum, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, não tem o condão de repercutir sobre os procedimentos especiais. De fato, havendo rito específico previsto no art. 57 da Lei n. 11.343/2006, dispondo ser o interrogatório o primeiro ato da instrução processual, não é possível que lei geral venha a modificá-lo, no caso a Lei n. 11.713/2008, que alterou apenas o Código de Processo Penal.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 347.762/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EO RITO PRÓPRIO NA LEI 11.343/06 E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. (...) AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- "Não há falar em ilegalidade no trâmite procedimental pois, ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei n.º 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento" (HC 300.008/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/02/2015). Ademais, não restou demonstrado nenhum prejuízo ao paciente.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 348.744/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA,

julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

No entanto, 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. Confira-se:

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum 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.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. *Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.*

6. *De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.*

7. *Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: 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.*

(HC n. 127.900, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, julgado em 3/3/2016, DJe 3/8/2016)

Embora tal decisão seja desprovida de qualquer 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. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. NULIDADE. ART. 57 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO NO HC 127.900/AM. ART. 400 DO CPP. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA SOBRE O DA ESPECIALIDADE. DOSIMETRIA. (...) AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. *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).*

3. *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.*

4. *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).

5. Hipótese em que a audiência de instrução foi realizada em 13/6/2013. Seguindo a orientação da Suprema Corte, não há declarar a nulidade do feito, uma vez que a incidência da norma prevista no art. 400 do CPP às ações penais regidas por legislação especial somente ocorre quanto aos atos praticados após a publicação do referido julgado, qual seja, a partir de 3/8/2016, razão porque a nova orientação não se aplica à espécie.

(...)

11. Writ não conhecido.

(HC n. 293.129/SC, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 9/5/2017, DJe 11/5/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NOS ARTIGOS 57 E SEGUINTE DA LEI N. 11.343/2006. INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. NULIDADE. REJEIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA, À ÉPOCA, DO NOVO ENTENDIMENTO DO STF (HC N. 127.900). (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11343/2006 prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade. - Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou 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. - Na espécie, todavia, considerando que a sentença data de 16/11/2015, anterior, portanto, ao novel entendimento da

Superior Tribunal de Justiça

Corte Suprema, não há qualquer nulidade a ser reconhecida por esta Corte, uma vez que o novo tratamento dado à matéria, por questão de segurança jurídica, é aplicável apenas às instruções não encerradas nos procedimentos penais regidos por lei especial e somente a partir da publicação da ata de julgamento do HC 127.900/AM, ocorrida em 10/3/2016.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 385.189/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017)

No caso, a instrução processual da Ação Penal n. 0004623-83.2016.8.26.0637 terminou após a alteração jurisprudencial, de maneira que aplicável, em tese, o novo entendimento da Suprema Corte.

No entanto, a hipótese em apreço possui peculiaridades que impedem o reconhecimento da nulidade suscitada no recurso.

Isso porque, como é cediço, nos termos do art. 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".

Ao comentar o referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci assevera que, "do mesmo modo que é exigido interesse para a prática de vários atos processuais, inclusive para o início da ação penal, exige-se tenha a parte prejudicada pela nulidade interesse no seu reconhecimento", motivo pelo qual "não pode ser ela geradora do defeito, plantado unicamente para servir objetivos escusos" (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 922/923).

O mencionado autor prossegue, consignando a correção da previsão legal, "uma vez que dar causa à nulidade, pretendendo seu reconhecimento, ou pedir que o juiz considere nulo determinado ato, quando não há interesse algum, seria a utilização de mecanismos legais para conturbar o processo e não para garantir o devido processo legal" (Op. cit., p. 923).

Outra particularidade que obsta o reconhecimento da nulidade é o fato de a defesa não ter, ainda em audiência, impugnado o fato de o réu ter sido ouvido no início da assentada.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FRAUDE EM LICITAÇÃO. RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NO ART. 104 DA LEI N. 8.666/1993. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. ATO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI N. 11.719/2008 QUE INCIDE APENAS SOBRE O PROCEDIMENTO COMUM. ART. 400 DO CPP. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PÓS CONDENAÇÃO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte firmou entendimento de que "a alteração do momento do interrogatório no curso do procedimento comum,

previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, não tem o condão de repercutir sobre os procedimentos especiais" (RHC 49.155/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/10/2015).

2. Embora tenha a redação do art. 394 do CPP sido alterado pela Lei n. 11.719/2008, fixando rito comum mais benéfico ao anterior previsto, responde o recorrente por crime previsto em lei especial - Lei n. 8.666/1993 -, a qual prevê rito próprio à sua apuração, determinado em seu art. 104, que estabelece, após o recebimento da denúncia e citado o réu, o seu interrogatório.

3. Vigora, no processo penal, o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563 do CPP). A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento que a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independe da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção.

4. A ausência de manifestação do inconformismo no primeiro momento, gera a preclusão da matéria, conforme entendimento consolidado nesta Corte: "ocorrido o interrogatório no início da instrução processual, tal como preconiza o art. 7º da Lei nº 8.038/90, sem qualquer insurgência ou pedido de reinquirição, e havendo decisão condenatória, a matéria encontra-se preclusa, inexistindo qualquer ofensa à Lei nº 11.719/08" (AgRg no REsp n. 1303185/PI, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 02/05/2014).

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 351.145/SC, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 15/3/2017)

Com efeito, alegou-se sucintamente ter havido prejuízo ao recorrente, caracterizado pelo menoscabo às suas garantias de ampla defesa e contraditório, tendo, inclusive, sido condenado ao final do processo.

Todavia, constata-se não ter sido efetivamente demonstrado como a inversão na ordem no interrogatório poderia ter alterado o resultado do julgamento, ou mesmo, quais aspectos do depoimento das testemunhas poderiam ter sido rechaçados ou contraditados.

Tal circunstância afasta o reconhecimento da mácula, nos termos do art. 563 do CPP, assim redigido:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Com efeito, a anulação de atos processuais significa a perda de atividades já realizadas, prejudicando as partes e o magistrado, e acarretando demora na prestação jurisdicional almejada, motivo pelo qual a legislação processual penal exige que os prejuízos decorrentes da eiva a ser reconhecida sejam concreta e efetivamente demonstrados.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci esclarece que "uma das formas de

se combater a lentidão exagerada em relação ao trâmite processual é evitar, sempre que possível, a decretação de nulidades, pois tal medida implicará no refazimento dos atos já praticados, acarretando, por óbvio, um atraso significativo na conclusão do feito" (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 907).

O aludido doutrinador prossegue, consignando que "quando o ato processual deixou de ser praticado conforme a fórmula legalmente prevista, porém terminou por atingir a finalidade da lei (ou o espírito da lei), inexistente plausibilidade para ser anulado", devendo ser mantido por uma questão de lógica e praticidade (Op. cit., p. 907).

Na mesma ordem de ideias, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes advertem que o princípio do prejuízo "constitui seguramente a vigia mestra do sistema de nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida com o vício" (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25).

Os citados autores concluem que, "sem ofensa ao sentido teleológico da norma, não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*" (Op. cit., p. 25).

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a inobservância procedimental não gera nulidade no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief* (artigo 563 do CPP) e consolidado na Súmula n. 523 do STF, segundo a qual "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

No que tange à alegação de nulidade por inversão da ordem de interrogatório do paciente, verifica-se que o entendimento sufragado por esta Corte Superior sobre o assunto é de que "embora, o acusado tenha sido interrogado antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto." (HC n. 401.472/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 26/4/2018).

Nesse sentido, vejam-se (destaques acrescidos):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. ACUSADOS INTERROGADOS NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. SITUAÇÃO QUE NÃO APONTA PARA A EXISTÊNCIA DE NULIDADE. ATO PRATICADO COM

AUXÍLIO DA DEFESA E SEM A CONTESTAÇÃO DESTA. RAZOABILIDADE. PRINCÍPIOS DO PREJUÍZO E DO INTERESSE. LÓGICA DO SISTEMA DE NULIDADES.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade.

Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11.03.2016).

2. Embora o entendimento da Suprema Corte deva prevalecer desde o dia 11/3/2016, é preciso ter em conta que a razoabilidade do sistema de anulação dos atos processuais previsto no Código de Processo Penal torna evidente não ser possível a interrupção e o retrocesso da "marcha processual" quando se observa, no nascedouro do vício, a participação direta do sujeito processual a quem aproveitaria a nulidade, assim como, a lógica do mesmo sistema impõe examinar, antes de mais nada, a existência de prejuízo que pudesse ser repostado com o refazimento da fase processual.

3. No caso dos autos, aplicando-se os princípios do prejuízo e do interesse, verifica-se que a nulidade não existiu, a uma porque a própria defesa participou diretamente da realização do interrogatório em primeiro lugar, dele não se insurgindo e, inclusive, aceitando expressamente a oitiva das testemunhas sem a presença do réu, e, a duas porque as declarações do paciente foram no sentido de negar a acusação, circunstância evidentemente importante para compreender a pretensão de nulidade como um resultado em si mesmo e não como um benefício concreto ao processo justo.

Habeas corpus denegado.

(HC n. 428.034/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 26/3/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. 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. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - In casu, embora a audiência de instrução tenha ocorrido em 27/07/2016, e, na ocasião, o acusado tenha sido interrogado antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.

*V - Da leitura da ata da audiência (fl. 15), verifica-se o ora paciente estava acompanhado de seu advogado, **que em momento algum questionou o fato de seu cliente ser interrogado no início da assentada, tampouco há qualquer irresignação neste sentido nas alegações finais.***

*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.*

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 401.472/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 26/4/2018)

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

[...]

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 o réu estava acompanhado de seu advogado, **que em momento algum contestou ou questionou o fato de seu cliente 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 n. 437.039/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2018, DJe 13/4/2018)

Quanto à alegação de nulidade por invasão de domicílio, observa-se que o acórdão se encontra alinhado com a jurisprudência dominante neste STJ, de que, embora a denúncia anônima não seja idônea, por si só, a dar ensejo à instauração de inquérito policial, caso seja corroborada por outros elementos de prova legítima tanto o início do procedimento investigatório quanto as diligências nele realizadas.

Confirmam-se (destaques acrescidos):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA A PRÁTICA DE VÁRIOS DELITOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SUPOSTAMENTE AUTORIZADA COM BASE APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO OCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE OUTRAS INVESTIGAÇÕES. DECISÃO JUDICIAL DE QUEBRA E DAS PRORROGAÇÕES FUNDAMENTADAS. IMPRESCINDIBILIDADE DAS MEDIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo para fins de investigação criminal e instrução penal, nos casos que a lei permite - desde que seja determinado por decisão judiciária fundamentada, que haja indícios razoáveis de autoria ou participação delitiva, a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e o fato investigado constituir infração penal punida de forma mais severa que a detenção.

2. Assim, "muito embora não sirva como elemento único para embasar investigação criminal, a delação anônima pode ser utilizada para dar início ao procedimento investigatório." (HC 229.358/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015)

3. No caso, segundo as decisões do Juiz primevo, a notícia anônima deu origem a várias investigações, das quais resultaram em amplos relatórios. Ficou apurado que os recorrentes, diretores de presídios em Corumbá-MS, tinham diversos relacionamentos criminosos com vários detentos, formando uma vasta associação criminosa.

[...]

6. Recurso Ordinário em Habeas Corpus improvido.

(RHC n. 95.592/MS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 1º/6/2018)

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERCEPTAÇÃO

TELEFÔNICA. INQUÉRITO ORIUNDO DE DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO OCORRÊNCIA. [...] AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal. Precedentes.

[...]

5. Ordem denegada.

(HC n. 413.160/PE, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

Merece menção, ainda, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. [...]. 1. O “Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que é possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial” (ARE 1.112.656, Rel. Min. Luiz Fux). Precedente. [...] Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(ARE 1120771 AgR-segundo, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 5/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 6/11/2018)

Isso porque, como se sabe, nas infrações penais permanentes a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do art. 303 do CPP, que preceitua que "nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência".

A desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se trata de situação de flagrante delito é amplamente admitida pela doutrina, merecendo menção, no ponto, a lição de Eugênio Pacelli:

"A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito.

E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a

situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo está autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio, etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.

Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo, o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).

À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo).

Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício de qualquer um dos seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional." (Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317/318).

Idêntica orientação foi firmada pelo Excelso Pretório em recurso submetido ao regime de repercussão geral, ocasião em que se fixou a compreensão de que a entrada forçada em domicílio é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI,

da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. **Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.** 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE n. 603.616, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, DJe 10/5/2016)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante

enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástico sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de cocaína e 4 porções de maconha.

4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 516.746/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/8/2019, DJe 20/8/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente.

Todavia, 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. No caso, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima, como a apreensão de droga e a fuga do suspeito para o interior da residência, legitimaram a atuação policial para realizar a prisão em flagrante do paciente. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

(HC n. 433.408/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/6/2018, DJe 29/6/2018)

Assim, por se encontrar o acórdão da Apelação em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice da Súmula n. 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

Ante o exposto, **conhece-se do agravo para não conhecer do recurso especial**, nos termos do art. 34, VII, c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator