

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.573.424 - SP (2019/0261029-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE** : **RENATO GIRARDI JUNIOR (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO - SP235857**  
**AGRAVADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**INTERES.** : **CAMILA DELLA VALENTINA**  
**ADVOGADOS** : **JAILTON RODRIGUES DOS SANTOS - SP300610**  
**DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748**

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**(Relator):**

Trata-se de agravo regimental apresentado por RENATO GIRARDI JUNIOR, contra decisão monocrática de minha lavra que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial (e-STJ fls. 916/938).

Nas razões do regimental (e-STJ fls. 969/990), o agravante reitera as razões do recurso especial, sustentando, em síntese, (i) a ilicitude de todas as provas produzidas nos autos, sob o argumento de que foram obtidas a partir do acesso direto, pelos policiais militares, sem autorização judicial prévia, às informações do aparelho celular de propriedade do recorrente, o que constitui violação ao sigilo das comunicações telefônicas e ofensa à intimidade e à vida privada; (ii) a nulidade da busca e apreensão domiciliar, porquanto ausentes o consentimento do morador, mandado judicial, presença da autoridade policial (delegado de polícia) ou presença da autoridade judiciária (juiz de direito), tampouco fundadas razões de flagrante delito, haja vista que não houve a prévia apreensão de drogas em poder do recorrente, configurando violação de domicílio; (iii) a inépcia da denúncia quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas, por não mencionar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, especialmente suas elementares, a data, horário e local em que foi praticado, o que teria causado ao recorrente prejuízos irreparáveis, inviabilizando a produção de provas pela defesa, não havendo se falar em convalidação da denúncia inepta pela sentença penal condenatória; e (iv) a nulidade do interrogatório e dos atos subsequentes, por inobservância do

# *Superior Tribunal de Justiça*

rito previsto no art. 400, do CPP, não havendo se falar em preclusão ou em exigência de demonstração do prejuízo, haja vista se tratar de nulidade absoluta e insanável.

Pugna pelo pronunciamento desta Corte Superior, para fins de prequestionamento, acerca de violação ao disposto no artigo 5º, incisos X, XI, XII, LV e LVI, da Constituição Federal, caso rejeitada a pretensão recursal.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada, ou, não sendo esse o entendimento do Relator, sejam os autos submetidos à apreciação do órgão colegiado.

É o relatório.



**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.573.424 - SP (2019/0261029-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE** : RENATO GIRARDI JUNIOR (PRESO)  
**ADVOGADO** : LINCOLN DEL BIANCO DE MENEZES CARVALHO -  
SP235857  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : CAMILA DELLA VALENTINA  
**ADVOGADOS** : JAILTON RODRIGUES DOS SANTOS - SP300610  
DIOGO DE PAULA PAPEL - SP345748

**EMENTA**

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. ACESSO A DADOS DO CELULAR DO ACUSADO. 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*. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA PELA SENTENÇA SUPERVENIENTE. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), trata-se de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

3. 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).

4. 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).

5. 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.

6. Na espécie, contudo, as instâncias ordinárias asseveraram que, ao ser abordado pelos policiais militares, o recorrente 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.

7. 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 recorrente em flagrante delito, a confissão da corré, 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).

8. Não bastasse isso, como é cediço, este Superior Tribunal de Justiça

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 nulité 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.

9. No que diz respeito à alegada inépcia da exordial acusatória, quanto ao delito de associação para o tráfico, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que "a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal" (AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).

10. Ademais, este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que "não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal" (RHC 119.275/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/12/2019, DJe 16/12/2019). *In casu*, extrai-se da leitura da peça acusatória (e-STJ fls. 1/3) e do acórdão recorrido (e-STJ fl. 747) que a denúncia se mostra suficientemente clara e concatenada, bem como atende aos requisitos do art. 41, do CPP, não revelando quaisquer vícios formais.

11. 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.

12. Agravo regimental não provido.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**(Relator):**

O agravo regimental não merece acolhida.

Busca-se o reconhecimento de (i) ilicitude de todas as provas produzidas nos autos, por terem sido obtidas a partir de violação ao sigilo das comunicações telefônicas e em ofensa à intimidade e à vida privada; (ii) nulidade da busca e apreensão domiciliar, diante da configuração de violação de domicílio; (iii) inépcia da denúncia quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas, em razão de não mencionar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, especialmente suas elementares, a data, horário e local em que foi praticado; e (iv) nulidade do interrogatório e dos atos subsequentes, por inobservância do rito previsto no art. 400, do CPP.

Primeiramente, no que concerne à pretensão de que essa Corte Superior se manifeste acerca de suposta violação do art. 5º, incisos X, XI, XII, LV e LVI, da Constituição Federal, como é cediço, verifica-se a impossibilidade de apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto a competência para tanto, conforme expressa disposição da própria Constituição Federal, é do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha, os seguintes julgados:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. PREMISSAS FÁTICAS DISTINTAS. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] AGRAVOS IMPROVIDOS.*

[...]

*3. Inviável a apreciação de ofensa a dispositivos constitucionais, uma vez que não cabe a esta Corte, em recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Carta Magna.*

[...]

*15. Agravos regimentais improvidos. (AgRg no AREsp 454.148/AP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em*

11/6/2019, DJe 25/6/2019).

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 22, § 1º DA LEI Nº 8.906/1994. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. OBSERVÂNCIA DA TABELA DE HONORÁRIOS DA OAB. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. SÚMULA 568/STJ. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ANÁLISE QUE DEMANDA REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

[...]

*2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.*

[...]

*4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1665140/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 15/8/2017).*

Em segundo lugar, no tocante à pretensão de reconhecimento da ilicitude das provas obtidas mediante suposta violação de domicílio, o Tribunal de origem consignou (e-STJ fls. 747/748):

*De outro vértice, tem-se que a ação policial nada tem de ilegal.*

***A ação policial foi decorrência direta das diligências previamente encetadas, que comprovaram a mercancia ilícita no local, com apreensão de drogas na posse do corréu, ao ensejo de sua abordagem.***

*Não se há, pois, que falar em ilicitude das provas, oriundas de diligência policial bem sucedida, em observância à legislação pátria pertinente.*

*O crime permanente prescinde de expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio para fazer cessar a prática criminosa, como no caso sob juízo, em que apreendidas as ilícitas substâncias e afins.*

*Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO, INVIABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL.*

# Superior Tribunal de Justiça

**IMPOSSIBILIDADE. LICITUDE DA Q. PROVA. APREENSÃO DA DROGA SEM MANDADO JUDICIAL. FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via o especial suposta violação à matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência RS do Supremo Tribunal Federal.

2. Em relação à alegada violação da Súmula 126, do STJ, o verifico tratar de inovação da matéria em sede de agravo regimental, não podendo ser o acolhida nesta fase recursal.

3. Esta Corte possui entendimento jurisprudencial no sentido de que, no caso de flagrante em crime de tráfico ilícito de drogas, as buscas e apreensões domiciliares prescindem de autorização judicial, dada a natureza permanente do delito.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no Recurso 3 Especial nº 1.398.920/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 11/02/2014, DJe 17/02/2014).

Ainda: HC 122.937/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª LU cr) Turma, j. 19/03/2009, DJe 13/04/2009 e RHC 14.946/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 10/04/2004, DJe 03/05/2004.

[...] - grifei

Consoante anteriormente decidido, colhe-se dos excertos acima transcritos que o Tribunal *a quo*, ao decidir pela inexistência de ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar e pela licitude das provas, **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).

Acerca da matéria, 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).



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).

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RECEPÇÃO. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

- 1. Não obstante as alegações trazidas no regimental, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.*
- 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça - STJ é sedimentada no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "guardar" é do tipo permanente, cuja consumação protraí-se no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, inclusive no período noturno, independente de mandado judicial, desde que haja fundada razão da existência do crime. Precedentes.*
- 3. As instâncias ordinárias embasaram a condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico em elementos fáticos e probatórios concretos, os quais se mostraram suficientes à conclusão pelo julgador de que integra, de forma permanente e estável, associação criminosa voltada à comercialização ilícita de entorpecentes. Desconstituir tal entendimento, para absolver o paciente, implica no reexame dos fatos e provas carreados aos autos, procedimento que é incompatível com a via estreita do habeas corpus.*
- 4. A condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da*

# Superior Tribunal de Justiça

*Lei de Drogas, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito. Precedentes.*

5. *A quantidade e natureza da droga apreendida, atrelada à pena estabelecida, de fato, justifica a fixação do regime prisional mais gravoso.*

6. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 515.937/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/6/2020, DJe 30/6/2020).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E DE DADOS DE TELEFONE CELULAR NÃO VERIFICADOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INEXISTÊNCIA. MAJORANTES DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CF/88. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. *O crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal.*

3. *No caso em apreço, a atuação policial se deu por meio de uma denúncia anônima, meio hábil a dar início a persecutio criminis, a partir da qual foi encontrada a droga escondida no lote, bem como um automóvel estacionado na garagem do denunciado, com restrição de roubo, o que demonstra a existência de justa causa para o ingresso dos policiais na residência do recorrente.*

4. *Quanto ao acesso dos milicianos aos dados do aparelho celular, a Corte de origem, soberana na análise dos elementos fáticos e probatórios dos autos, apurou que esse ocorreu por meio do consentimento do próprio acusado.*

[...]

8. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1840387/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/6/2020, DJe 29/6/2020).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE

# *Superior Tribunal de Justiça*

*DROGAS. FLAGRANTE FORJADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE.*

*PRESCINDIBILIDADE DE MANDADO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

*III - Alegação de nulidade da prisão em flagrante. O estado flagrancial do delito de tráfico, consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inc. XI do art. 5º da Constituição Federal, sendo permitida a entrada em domicílio independentemente do horário ou da existência de mandado.*

[...]

*Habeas corpus não conhecido. (HC 547.735/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE DO FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça - STJ consolidou-se no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "guardar" é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, inclusive no período noturno, independente de mandado judicial.*

[...]

*Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1557612/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 9/10/2018, DJe 26/10/2018).*

Ademais, a alegação de que não houve prévia apreensão de drogas em poder do recorrente, a justificar o ingresso dos policiais no domicílio deste, contrariando a conclusão adotada pelo Tribunal de origem no julgamento do apelo defensivo (e-STJ fl. 747),

constitui inovação recursal, porquanto não houve oposição de embargos de declaração ventilando tal tese, tampouco foi a questão suscitada no recurso especial (e-STJ fls. 787/824), ocorrendo assim a preclusão consumativa, o que impede que a matéria seja apreciada nesse momento processual.

Nessa linha:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONCURSO DE AGENTES E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

*3. No que tange ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, "o intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas" (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje 12/11/2013).*

*4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1806354/RO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 9/8/2019).*

Outrossim, ainda que superado o mencionado óbice, a pretensão não prosperaria, porquanto, para desconstituir a conclusão do Tribunal de origem, fundada em exame exauriente do conjunto fático-probatório dos autos, de que "a ação policial foi decorrência direta das diligências previamente encetadas, que comprovaram a mercancia ilícita no local, com apreensão de drogas na posse do corréu, ao ensejo de sua abordagem" (e-STJ fl. 747), no intuito de abrigar as alegações defensivas de que não houve apreensão prévia de drogas que justificasse a diligência policial no interior da casa, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do conjunto probatório, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

Em terceiro lugar, no tocante à alegada nulidade das provas obtidas a partir

# Superior Tribunal de Justiça

do acesso não autorizado ao celular apreendido, o Juízo sentenciante consignou que "após a abordagem do réu RENATO, os policiais militares localizaram próximo a ele um aparelho celular, **cuja propriedade foi inicialmente negada por ele**, e que restou apreendido" (e-STJ fl. 550, grifei).

Ainda, conforme asseverado pelo Juízo de primeiro grau, diante da negativa de propriedade do aparelho celular, os policiais militares "[...] procederam a breve consulta dos dados, ocasião em que foi constatado ser aquele de propriedade do acusado, com desdobramento da diligência com apreensão de drogas e consequente flagrante", circunstâncias nas quais **não vislumbrou "qualquer ilegalidade na conduta dos policiais militares ao consultar os dados de celular, abandonado em via pública, com negativa do réu de propriedade"** (e-STJ fl. 419, grifei).

O Tribunal de origem, por sua vez, assim se manifestou (e-STJ fls. 748/749):

*No que diz com a quebra do sigilo telefônico decorrente de interceptação telefônica irregular e na ilicitude das provas colhidas, alicerçadas nas mensagens irregularmente obtidas via referido aparelho, vale trazer excertos do bem lançado parecer, ora adotados como razão de decidir:*

*"(...) A sentença não se funda em prova obtida por meios ilícitos.*

*No tocante à preliminar de nulidade de interceptação telefônica, inicialmente impende rememorar que não houve, nos autos, interceptação telefônica. No momento em que o apelante Renato fora abordado, os agentes públicos localizaram além de drogas e da quantia em dinheiro, um aparelho celular. Assim, tal celular foi apreendido regularmente, foram analisadas conversas no aplicativo Whatsapp e o aparelho posteriormente foi periciado, sendo identificados diálogos travados com Camila, relacionados com os delitos destes autos, nele registrados.*

*Como se vê, em momento algum ocorreu quebra de sigilo telefônico; pois não houve interceptação de comunicação; tão só checagem de mensagens de texto trocadas por aplicativo Whatsapp, não apagadas.*

*Ademais, houve decisão judicial determinando a quebra do sigilo e inviolabilidade das informações e comunicações contidas e seus respectivos aplicativos (fls. 59). A preliminar foi bem analisada pelo D. Juízo a quo que decidiu que não há, portanto, nulidade a ser reconhecida na análise das conversas gravadas no aplicativo WhatsApp dos aparelhos celulares dos réus e nem tampouco na realização de perícia nos referidos aparelhos e aplicativos, sendo*

# Superior Tribunal de Justiça

*essa conduta prevista e permitida à autoridade policial nos termos do art. 6º, inc. VII, do Código de Processo Penal (fls. 552/553).*

[...].

A situação, tal como retratada nos autos, não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, ressalvando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Note-se que, na hipótese dos autos, não foram interceptadas as comunicações telefônicas, nem mesmo as mensagens armazenadas no aparelho celular do acusado, razão pela qual não há se falar em inobservância do art. 7º, incisos II e III, da Lei n. 12.965/2014, a qual estabelece os princípios, garantias e deveres para uso da *internet* no Brasil.

Contudo, os dados armazenados no aparelho celular decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "*WhatsApp*"), ou mesmo por correio eletrônico, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são, de toda forma, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da CF, só podendo ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º, da Lei n. 9.472/1997 e do art. 7º, da Lei n. 12.965/2014.

Nessa senda, ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem 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.

Nessa linha, os seguintes julgados:

***AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS. FONTES AUTÔNOMAS. AGRAVO IMPROVIDO.***

***1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores entende serem ilícitas***

# *Superior Tribunal de Justiça*

*as provas obtidas a partir do exame de dados constantes de aparelho celular em mensagens de texto SMS e conversas por meio de programas ou aplicativos de troca instantânea de mensagens, como o WhatsApp, sem autorização.*

*2. Neste caso, verifica-se que o acesso às informações contidas no celular do agravante se deu sem prévia autorização judicial, tornando ilícita as provas obtidas a partir desse procedimento, de modo que devem ser desentranhadas dos autos, bem como as daí derivadas.*

*3. Entretanto, essa providência não repercute na condenação do agravante. Conforme destacaram as instâncias antecedentes [sic], havia prévia investigação por parte da delegacia especializada, buscando apurar o envolvimento do agravante e do corréu com o comércio ilícito de entorpecentes. As autoridades policiais informaram que já detinham informações dando conta da prática conjunta do comércio de entorpecentes e, a partir dessas informações, os agentes policiais realizaram diligência e prenderam em flagrante os agentes.*

*4. Portanto, ainda que se reconheça a ilicitude das provas obtidas por meio do exame dos dados contidos no aparelho celular do agravante, não é possível, por esta via, invalidar o restante do conjunto probatório, obtido de maneira autônoma, antes mesmo do acesso indevido às informações protegidas armazenadas no dispositivo de telefonia móvel.*

*5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 580.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/6/2020, DJe 17/6/2020).*

**PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DESSA MEDIDA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

*1. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular".*

*2. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por decisão unânime, absolveu o paciente e corréu da imputação do delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que reconhecida a falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes e a ilicitude da prova colhida no celular do corréu, sem autorização judicial. Estando apoiada a condenação pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, exclusivamente nessa prova*

*reconhecidamente ilegal, impõe-se a absolvição do paciente.*

3. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 516.857/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/5/2020, DJe 18/5/2020).

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO WHATSAPP) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO.*

*I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.*

*II - In casu, os policiais civis obtiveram acesso aos dados (mensagens do aplicativo WhatsApp) armazenados no aparelho celular do corréu, no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.*

*III - As instâncias ordinárias fundamentaram a prisão preventiva do recorrente nos indícios de materialidade e autoria extraídos a partir das conversas encontradas no referido celular, indevidamente acessadas pelos policiais, prova evidentemente ilícita, o que impõe a concessão da liberdade provisória.*

*Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas obtidas por meio de acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, bem como as delas diretamente derivadas, e para conceder a liberdade provisória ao recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão preventiva, desde que fundamentada em indícios de autoria válidos. (RHC 92.009/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 16/4/2018). - grifei*

*RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. MENSAGENS DE WHATSAPP. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE CONSTATADA. PROVAS INADMISSÍVEIS.*



**DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.**

1. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular e das conversas de whatsapp extraídas do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes: RHC 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017; RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, , DJe 09/05/2016.

No caso, a obtenção dos dados telefônicos do recorrente se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, caput, do Código de Processo Penal, de forma que, devem ser desentranhadas dos autos, bem como aquelas derivadas, devendo o Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário em habeas corpus provido para reconhecer a ilicitude da colheita de dados dos aparelhos telefônicos (conversas de whatsapp), sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, competindo ao Magistrado de origem analisar o nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal. (RHC 73.998/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 6/2/2018, DJe 19/2/2018).

**PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.**

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à

# Superior Tribunal de Justiça

*inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.*

*3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos. (RHC 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 13/12/2017) - grifei*

Ocorre que, na espécie, consoante exposto anteriormente, consta dos presentes autos que, ao ser abordado pelos policiais militares, o recorrente 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, 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, porquanto, diante da negativa do acusado de que o celular lhe pertencesse, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, o acesso aos dados do aparelho pelos policiais militares se deu com a finalidade de identificar o possível proprietário do objeto.

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 recorrente em flagrante delito, a confissão da corré, 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).

Assim, ainda que se reconhecesse, *in casu*, o acesso indevido a conversas de *WhatsApp* coletadas no telefone celular do recorrente, os autos dão conta da presença de

# Superior Tribunal de Justiça

outros elementos que atestam a autoria do delito e que se mostram suficientes a sustentar a condenação.

Em sentido análogo, cito:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO APLICATIVO WHATSAPP). AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS. CONFIGURAÇÃO. ANTERIOR APREENSÃO DE CERCA DE UM QUILO DE ENTORPECENTES. DIVERSIDADE, FRACIONAMENTO E FORMA DE ACONDICIONAMENTO. VALORES EM DINHEIRO. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FONTE INDEPENDENTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.*

*II - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.*

*III - In casu, os policiais tiveram acesso aos dados do aplicativo WhatsApp contidos no aparelho celular do paciente no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial. **Todavia, ainda que a referida prova seja desconsiderada, porquanto nula, subsistem elementos autônomos suficientes para manter a condenação pelo crime de tráfico de drogas.***

*IV - Antes que ocorresse o acesso dos policiais aos dados do celular, foram apreendidos em poder do paciente quase um quilo de entorpecentes variados ("75 porções de cocaína, com peso líquido de 19,13 gramas, 50 porções individuais e uma porção grande de crack, com peso líquido de 350,87 gramas e 42 porções individuais e uma porção grande de maconha, com peso líquido de 575,64 gramas" (fl. 16), além de determinada quantia em dinheiro.*

*V - A apreensão de elevada quantidade de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de*

*valores em dinheiro, constituem provas autônomas da traficância, e emanam de fonte independente, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude originária. Precedentes.*

**VI - "A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)." (EDcl no RHC 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 04/12/2017)**

*Habeas corpus não conhecido. (HC 422.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 2/5/2018). - grifei*

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO. EMPREGO DE SIMULACRO. MAJORANTE. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. PENA-BASE ALTERADA. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.*

*2. A jurisprudência desta Corte Superior é reiterada no sentido de não aplicar o princípio da insignificância a crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa.*

*3. O pedido de absolvição não comporta provimento, isso porque a condenação do paciente não foi fundada apenas no reconhecimento pessoal que se pretende anular. Com efeito, a sentença relata a existência de outras provas independentes que levaram ao convencimento do Juízo sobre a autoria e materialidade do crime.*

*Estando a sentença devidamente fundamentada, não é possível acolher a tese defensiva que pretende a absolvição por ausência de provas, uma vez que presentes outros elementos suficientes para ensejar a condenação.*

*[...]*

# Superior Tribunal de Justiça

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para excluir a majorante do emprego de arma de fogo, reduzir a pena ao mínimo legal e fixar o regime inicial aberto. (HC n. 365.549/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe 17/3/2017).*

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ÔNUS DA PROVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. INOVAÇÃO RECURSAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 573, § 1º, DO CPP. HC N. 150.938/SP. INÉPCIA FORMAL DA INICIAL. APROVEITAMENTO DAS PROVAS INDEPENDENTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. ART. 12, I, DA LEI N. 8.137/1990 E ART. 71 DO CP. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. PATAMAR DE EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO RECURSAL QUE ESBARRA NA BASE-FÁTICA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. BIS IN IDEM. USO DE UM FUNDAMENTO PARA EXASPERAR DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NÃO OCORRÊNCIA.*

*Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos para, afastando duas obscuridades, esclarecer que a **utilização de outros elementos de prova foi possível em razão de advirem de fontes independentes**, que a exasperação da pena se deu com base em fundamento concreto e idôneo, grave dano à coletividade, e que o patamar de aumento em razão da continuidade delitiva observou o princípio da proporcionalidade, não sendo possível alterar tais parâmetros sem reexaminar provas. (EDcl no AgRg no AREsp 654.171/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 25/2/2016).*

Ademais, importante destacar que a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio *pas de nulité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo.

Acerca dessa temática, foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula 523, que assim dispõe: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a

# *Superior Tribunal de Justiça*

sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Nessa linha, a necessidade de demonstração do prejuízo sofrido é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível, tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta.

A corroborar tal entendimento, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

*DIREITO ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ALCANÇA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

*1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a demonstração de prejuízo, nos termos “do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas”. Precedente.*

[...]

*5. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 868516 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22/6/2015 PUBLIC 23/6/2015).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE ARMAS E MUNIÇÕES. POSSE E DETENÇÃO DE EXPLOSIVOS E ARTEFATOS. CRIME DE LAVAGEM DE BENS, DIREITOS E VALORES. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTADAS. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*

[...]

*5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente 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*

# Superior Tribunal de Justiça

6. Agravo regimental ao qual se nega provimento (RHC 123890 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15/5/2015 PUBLIC 18/5/2015).

Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de

Justiça:

*PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 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. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM AUDIÊNCIA. TERMO DE APELAÇÃO OU DE RENÚNCIA RECURSAL. DESNECESSIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

*V - De acordo com jurisprudência desta Corte de Justiça, para que se reconheça 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.*

*VI - Da leitura da ata de audiência de instrução e julgamento (fls. 82-99), verifica-se que o ora paciente estava acompanhado de seu advogado, Dr. Alcindo Pereira Neto, que em alegações questionou o fato de seu cliente ter sido interrogado no início da assentada, porém, percebe-se que não foi comprovado prejuízo em razão da alegada nulidade, pois, ainda que o réu tenha sido interrogado no início da instrução processual, tal fato, isoladamente, é insuficiente para a anulação do feito, considerando que a Defesa, ao questionar a nulidade em sede de alegações, sequer indicou eventuais perguntas ou esclarecimentos que poderiam ter sido feitos se o interrogatório tivesse sido realizado ao final da instrução processual, ou de que forma a renovação do ato poderia beneficiar o paciente. Tais circunstâncias afastam a ocorrência de prejuízos à Defesa e impedem o reconhecimento da nulidade arguida.*

# Superior Tribunal de Justiça

VII - 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 445.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018).

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO DO RÉU NO INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ART. 57 DA LEI N. 11.343/06. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. O agravante foi denunciado em 16/5/2016, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06). O interrogatório foi realizado em 19/7/2016, no início da audiência de instrução e julgamento, conforme determina o art. 57 da Lei de Drogas. O Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do HC n. 127.900/AM, em 3/3/2016, fixou orientação no sentido da aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o qual prevê o interrogatório como último ato, 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. A suposta nulidade do interrogatório do ora agravante, por ter sido realizado no início da audiência, está preclusa, pois não foi alegada no momento apropriado. A defesa ficou 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. Não ficou demonstrado efetivo prejuízo à defesa, uma vez que o réu, preso em flagrante, confessou a prática do delito no inquérito e em juízo. A alegação de que ele poderia ter alterado seu depoimento se soubesse o teor das declarações das testemunhas é genérica, abstrata e insuficiente para comprovar efetivo prejuízo. [...]

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 402.086/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIONIK, QUINTA TURMA, DJe 1º/8/2018).

Desse modo, ainda que se reconhecesse que os dados do celular do corréu foram coletados pela polícia sem a devida autorização judicial, tal fato, por si só, não inquinaria



# *Superior Tribunal de Justiça*

de nulidade o feito, uma vez que, no presente caso, 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.

Em quarto lugar, no que diz respeito à alegada inépcia da exordial acusatória, quanto ao delito de associação para o tráfico, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que "a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal" (AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).

A propósito:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (PRESCRITO) E LAVAGEM DE DINHEIRO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE CONTÉM DESCRIÇÃO SUFICIENTE DA SUPOSTA ATUAÇÃO DOLOSA DO AGRAVANTE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS TÍPICAS DO CRIME. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. QUEBRA DOS SIGILOS TELEFÔNICO E BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

*- Diz-se que a denúncia é inepta, quando não atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal ('A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas').*

*- "A superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal" (AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).*

[...]

*- Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 120.936/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA,*

julgado em 16/6/2020, DJe 25/6/2020).

*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO ATIVA. TRANCAMENTO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. PLEITO PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA NOS AUTOS DO PROCESSO-CRIME. NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS DURANTE TAL DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE DE MANDATO DE BUSCA E APREENSÃO. CRIME PERMANENTE. POSSE E DEPÓSITO DE DROGAS. WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

*2. A jurisprudência desta Corte é segura no sentido que a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa e inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente. Precedentes.*

[...]

*4. Writ não conhecido. (HC 404.980/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018).*

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA PELA SENTENÇA SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS PARA CONFIGURAR A ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ANÁLISES INCABÍVEIS NA VIA ELEITA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*

*1. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, resta superada a alegação de inépcia da denúncia com a superveniência de sentença condenatória, por se tratar de título jurídico que afasta a dúvida quanto à existência de elementos suficientes não só para a inauguração do processo penal como também para a própria condenação.*

[...]

*3. Agravo regimental improvido. (AgInt no HC 301.215/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 17/6/2016).*

De fato, o juízo condenatório denota a aptidão da inicial acusatória para inaugurar a ação penal, implementando-se a ampla defesa e o contraditório durante a instrução

# Superior Tribunal de Justiça

processual, que culmina na condenação lastreada no arcabouço probatório dos autos.

Assim, na espécie, diante da superveniência da sentença que condenou o recorrente pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 548/569), não se pode falar em ausência de aptidão da denúncia.

De todo modo, acerca da controvérsia, o Tribunal de origem consignou (e-STJ fl. 747):

*Não se vislumbra a aventada inépcia da prefacial, dela se depreendendo que o representante do Ministério Público desceu aos detalhes ao narrar os fatos e individualizar as condutas de cada envolvido nas ilícitas práticas, em observância ao preconizado no artigo 41 do Código de Processo Penal.*

Diz-se que a denúncia é inepta, quando não atende aos requisitos do art. 41, do CPP, segundo o qual "a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

*In casu*, o recorrente e a corré Camila Della Valentina foram denunciados pela prática dos delitos do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso III, e do art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006, constando da exordial acusatória, especificamente em relação ao crime do art. 35, da Lei de Drogas, contra o qual se insurge o recorrente, que, em data incerta, mas em período anterior a 15/5/2017, os denunciados se associaram para a prática reiterada do delito de tráfico de drogas (e-STJ fls. 1/3).

Segundo a narrativa do Ministério Público, teria sido apurado que a corré Camila passou a exercer o comando o tráfico nas imediações do Bairro Santa Isabel, assumindo a função de seu companheiro preso recentemente pela prática do aludido delito, passando assim a fornecer cocaína ao recorrente, de forma frequente, reiterada, a fim de que este realizasse a comercialização dos entorpecentes a terceiros.

Extrai-se, portanto, da leitura da peça acusatória (e-STJ fls. 1/3) e do acórdão recorrido (e-STJ fl. 747) que a denúncia se mostra suficientemente clara e concatenada, bem como atende aos requisitos do art. 41, do CPP, não revelando quaisquer

# *Superior Tribunal de Justiça*

vícios formais. De fato, a denúncia descreve o fato criminoso, com todas as circunstâncias necessárias a delimitar a imputação, encontrando-se devidamente assegurado o exercício da ampla defesa.

Com efeito, é firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal" (RHC 119.275/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/12/2019, DJe 16/12/2019).

Outrossim, como é cediço na jurisprudência desta Corte, "não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública, ainda mais em delitos de autoria coletiva [...]" (AgRg no AREsp 1238417/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/11/2019, DJe 11/11/2019), como na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. O decisum impugnado está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de que "não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública, ainda mais em delitos de autoria coletiva, como na espécie" (AgRg no AREsp n. 1.238.417/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 11/11/2019).*

*[...]*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1251660/RS,*

Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/6/2020, DJe 1º/7/2020).

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. POSSÍVEL EXERCÍCIO DO PLENO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE JUSTA CAUSA. COMPROVAÇÃO IRREFUTÁVEL E DE PLANO. AUSÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCABÍVEL NA VIA ELEITA. RECURSO NÃO PROVIDO.*

[...]

*3. Por ser a denúncia a petição inicial do processo criminal, com caráter meramente descritivo, deve limitar-se a descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme verificado na espécie, pois a autoria delitiva e a pormenorização da empreitada delituosa só serão elucidadas ao final da instrução processual.*

*4. Na espécie, o Parquet estadual descreveu, na exordial, o modo de funcionamento da organização criminosa e explicitou, ainda que de forma sucinta, os fatos ilícitos praticados por cada denunciado, a permitir o exercício amplo da defesa e do contraditório.*

*5. Banida a inépcia da denúncia, a negativa de prosseguimento da demanda criminal apenas se sustentaria, caso restasse provada, de modo manifesto e de plano, a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou a causa extintiva da punibilidade. Contudo, não há falar, por ora, em escassez notória de justa causa para a propositura da ação penal, porquanto houve a indicação de elementos mínimos de autoria e materialidade, bem como a descrição fática bastante, capazes de subsidiar o processo deflagrado.*

[...]

*8. Recurso não provido. (RHC 114.138/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/6/2020, DJe 1º/7/2020).*

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/1990. TESE DE INÉPCIA DA DENÚNCIA POR SER GENÉRICA E APRESENTAR FATOS ATÍPICOS. DENÚNCIA GERAL E PRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO PARA A TIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PLEITO DE NULIDADE DA DECISÃO (ART. 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. O Tribunal a quo consignou que, "a inicial acusatória está respaldada na existência de indícios de autoria de crime contra a ordem tributária, consistente em deixar de recolher tributo aos*

*cofres públicos no prazo legal, e tal imputação foi suficiente para o seu recebimento, em 09.11.2017", ou seja, a denúncia descreve as condutas delituosas dos Acusados (responsabilidade subjetiva), relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência do crime em tese praticado, bem assim os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, portanto, não é inepta, mas apenas possui caráter geral.*

*[...]*

*4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 109.119/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 9/6/2020, DJe 23/6/2020).*

*PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE DINHEIRO. ESTELIONATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.*

*[...]*

*2. A denúncia descreve a ação de um grupo que realizava diversas ações criminosas a partir de uma seita religiosa. As ações envolviam a constituição de empresas de fachada destinadas a ocultar e dissimular bens e valores obtidos ilicitamente, além de outras atividades criminosas, todas descritas na inicial acusatória.*

*3. A denúncia, por se tratar de mera notícia apresentada em juízo acerca da ocorrência, em tese, de fato típico e antijurídico, não se reveste dos mesmos elementos de convicção exigidos quando se está diante da prolação de uma sentença condenatória. O órgão acusador, embora não possa se descuidar de angariar elementos probatórios mínimos que assegurem a viabilidade da narrativa apresentada, não é obrigado a descrever minuciosamente a conduta imputada, bastando oferecer elementos que permitam, de plano, identificar a ocorrência de fato típico, além de apresentar indícios que autorizem associar esse fato ao denunciado, na qualidade de autor, coautor ou partícipe.*

*4. Neste caso, a inicial acusatória demonstrou a conexão entre a recorrente, que liderava a seita religiosa juntamente com seu marido, de modo que é prematuro o trancamento da ação penal, porquanto devidamente narrada a materialidade dos crimes e demonstrados os indícios suficientes de autoria. As alegações defensivas devem ser examinadas ao longo da instrução processual, uma vez que não se revela possível, em ação de natureza mandamental, dependente de provas pré-constituídas, o exame verticalizado dos fatos e das provas., 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 115.171/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 5/12/2019).*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE EXTORSÃO TRIBUTÁRIA (ART. 3º, II, DA LEI N. 8.137/90). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. OBEDIÊNCIA AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. AGRAVO DESPROVIDO.*

*[...]*

*2. A denúncia em comento faz a devida qualificação do acusado, descreve de forma objetiva e suficiente as condutas delituosas por ele perpetradas, que, em tese, configuram crimes dos artigos 3º, inciso II, da lei n. 8.137/90, por 3 vezes, e art. 288, caput, do Código Penal - CP e art. 1º, inciso V, da lei n. 9.613/98, por 2 vezes, todos na forma dos arts. 29 e 69 do CP - posto, em associação criminosa, na qualidade de responsável pela fiscalização tributária do recolhimento do ICMS, incidente sobre a importação de cobre, extorquiu os representantes da empresa PPE FIOS ESMALTADOS S/A, exigindo vantagem financeira ilícita causando prejuízo ao fisco na ordem de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões), bem como dissimulou os referidos valores de origem criminosa correspondente à propina (lavagem de dinheiro). Descreve, ainda, de modo suficiente as circunstâncias do cometimento do delito, demonstrando indícios suficientes de autoria, prova da materialidade e a existência de nexo causal. Não há falar em imputações genéricas. Nessa toada, mostra-se em conformidade com o comando pertinente do Estatuto Processual Penal (requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP) e de acordo com o art. 5º, LV, da Constituição Federal - CF/88, de modo a permitir o exercício da ampla defesa e o contraditório. Impende acrescer que este Superior Tribunal de Justiça admite a denúncia de caráter geral, quando a ação criminosa for com múltiplos agentes e condutas ou que, por sua própria natureza, deve ser praticada em concurso. Em tais hipóteses, não se mostra possível, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos. Não se pode descuidar do fato de que da narrativa delitiva deve ser possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como lembrar que os acusados se defendem dos fatos e não da tipificação dada pelo Parquet, sendo reservado para a instrução criminal o detalhamento mais preciso de suas condutas, a fim de que se permita a correta e equânime aplicação da lei penal. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.*

*3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 535.010/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 28/11/2019).*

Por fim, no que tange à pretensão de reconhecimento da nulidade da instrução processual, desde o interrogatório, por suposta violação do art. 400, do CPP, o

# Superior Tribunal de Justiça

Tribunal *a quo*, no julgamento do apelo defensivo, afastou a referida preliminar, asseverando, em síntese, o seguinte (e-STJ fl. 750):

*Questão derradeira, em sede preliminar, é a que diz com a nulidade do feito decorrente do cerceamento de defesa, calcado na inversão do interrogatório, realizado antes da inquirição das testemunhas.*

*Inova, a Defesa do corréu, ao arguir a referida nulidade, não havendo notícia, nos autos, de que, no momento oportuno, ao ensejo da realização da audiência de instrução e julgamento, tenha se insurgido contra a colheita do interrogatório o como primeiro ato de instrução, nos termos preconizados no artigo 57 da lei especial.*

*Preclusa, pois, a questão.*

*Ademais, vale dizer que não experimentou qualquer prejuízo, O a Defesa, com a realização do interrogatório antes da colheita dos depoimentos das o testemunhas.*

*Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal: HC o 160055, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28/09/18, Publ. 02/10/18).*

*[...]. - grifei*

Acerca do tema, como é cediço, esta Corte Superior, acompanhando o entendimento assentado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou-se 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 CPP, 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 24/11/2017).

Registre-se que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, os efeitos da mencionada decisão foram modulados, a fim de se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do referido julgamento (11/3/2016).

Por outro lado, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça 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 Min. Felix Fischer, julgado em 11/9/2018, DJe 20/9/2018, grifos no original).

A corroborar esse entendimento, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

*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*

# Superior Tribunal de Justiça

*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 428.034/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 26/3/2018).

No caso ora apreciado, consoante asseverado pela Corte *a quo*, não houve a tempestiva irresignação da defesa com a inversão da ordem de oitiva prevista no art. 400, do CPP, que deveria ter sido manifestada antes do início da audiência de instrução e julgamento.

Não bastasse isso, conforme exposto no item anterior, é firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que vigora, no campo da nulidade processual, o princípio *pas de nulité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo, o que não teria ocorrido na hipótese dos autos.

Desse modo, ainda que o agravante tenha sido interrogado no início da instrução processual, tal fato, por si só, não inquina de nulidade o feito, uma vez que, no caso em tela, a defesa não manifestou tempestivamente a irresignação com a inobservância da ordem das oitivas estabelecida pelo art. 400, do CPP, bem como não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício, deixando de indicar eventuais perguntas ou esclarecimentos que poderiam ter sido feitos se o interrogatório tivesse sido realizado ao final da instrução, ou, ainda, de que modo a renovação do ato poderia favorecer a recorrente.

Assim, também por essas razões não há se falar em nulidade da instrução processual.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Assim, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

