



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.937 - SP (2016/0177888-5)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S) - SP242749
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO DOS SANTOS
PACIENTE : OSMAR GERMANO COSTA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PERÍCIA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, REALIZADA PELOS POLICIAIS. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS APTOS A FUNDAMENTAR AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, ILEGALIDADES OU CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A FIDELIDADE DAS TRANSCRIÇÕES REALIZADAS PELOS POLICIAIS CIVIS OU SOBRE A CORRETA IDENTIFICAÇÃO DOS INVESTIGADOS. COMPROVAÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO. REEXAME FÁTICO. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DEVIDO. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO PENAL.

Ordem concedida a fim de redimensionar a pena fixada para o crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, relativa aos pacientes Osmar Germano da Costa e Rogerio dos Santos, respectivamente para 5 anos e 6 meses de reclusão, e 1.200 dias-multa, e 6 anos e 5 meses de reclusão, e 1.433 dias-multa, ambos em regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.937 - SP (2016/0177888-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Rogério dos Santos** e **Osmar Germano Costa**, apontando-se como autoridade coatora a Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0055343-14.2011.8.26.0222 – fl. 100).

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Guariba/SP absolveu os pacientes da conduta prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

Em sede de apelação criminal, o Ministério Público pediu a condenação dos pacientes, nos termos da inicial acusatória. O Tribunal estadual deu provimento ao recurso e condenou os réus **Osmar Germano da Costa** e **Rogério dos Santos** às penas de 6 e 7 anos de reclusão, respectivamente, ambos em regime inicial fechado.

Contra o acórdão da apelação foram opostos embargos de declaração pela defesa, os quais foram rejeitados. Não satisfeita, a defesa interpôs recurso especial, que foi inadmitido na origem. Nesta Corte, tramitou o AREsp n. 801.818/SP, o qual, em sessão realizada no dia 17/5/2016, não foi conhecido.

Daí o presente *habeas corpus*, em que o impetrante sustenta, de início, a nulidade da perícia de interceptação telefônica, uma vez que teria sido realizada pelos policiais.

Aponta, também, ausência de fundamentação idônea para as referidas interceptações.

Menciona que não existe a conduta de associação para o tráfico, pois, *pelos relatos das testemunhas de acusação, deixam transparecer a inexistência do crime de associação ao tráfico de drogas pelos Pacientes Osmar e Rogério, eis que os Policiais são categóricos em afirmar que além das escutas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telefônicas não foram feitas qualquer outra diligência para investigar a estabilidade e continuidade de uma eventual associação para o tráfico (fl. 32).

Aduz que o fundamento utilizado pelos Doutos Desembargadores para exasperarem a pena base além do mínimo legal já faz parte do tipo penal descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, devendo, assim, ser desconsiderada a causa de aumento da pena base, mantendo esta em seu patamar mínimo (fl. 48).

Por último, afirma que, no caso concreto, é possível a fixação de regime inicial diverso do fechado.

Requer, a nulidade do acórdão, desentranhando-se o apenso da escuta telefônica ou a absolvição dos pacientes com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, ou, ainda, que seja *reformada a dosimetria da pena, para desconsiderar a causa de aumento da pena base, mantendo em seu patamar mínimo e que seja a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviço a comunidade, na forma da legislação vigente, ou na pior das hipóteses, que seja determinado o cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto, de acordo com o total de pena aplicada, nos termos dos artigos 33 e 59, do Código Penal e Resolução n. 5/12 do Senado Federal (fl. 56).*

Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 286/289).

Parecer ministerial opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 689/692).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 361.937 - SP (2016/0177888-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A

defesa aponta nulidade da perícia de interceptação telefônica, uma vez que teria sido realizada pelos policiais. Aponta também ausência de fundamentação idônea para as referidas interceptações. Sobre a interceptação telefônica, confira-se o teor do acórdão hostilizado (fls. 105/107):

[...]

No tocante ao cabimento e fundamento legal para autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, bem como em relação ao indeferimento do pedido de exame de espectrografia da voz, observo que essas questões já foram analisadas e decididas no despacho de fls. 1.295/1.297, sendo novamente enfrentadas na r. sentença (fl. 1.464), de modo que peço vênia para fazer remissão aos escorreitos fundamentos jurídicos daquelas decisões.

[...]

Além disso, examinando o apenso de interceptação das comunicações telefônicas, verifica-se que o sigilo das investigações foi observado e que as escutas das linhas telefônicas foram autorizadas pela autoridade judicial competente de forma fundamentada (cf. fl. 12/13 do apenso), a teor dos artigos 4º e 5º da Lei nº 9.296/96, sendo deferidas porque estavam fora das hipóteses de inadmissibilidade previstas no artigo 2º, do mesmo diploma legal. Verifica-se, ainda, que as prorrogações das interceptações telefônicas (cf. fls. 113/114 do apenso) também foram deferidas mediante sucinta fundamentação, em razão da comprovada indispensabilidade desse meio de prova, conforme dispõe o artigo 5º, in fine, da Lei nº 9.296/96.

Por outro lado, as resenhas das gravações, contendo apenas os diálogos que interessavam à investigação, foram devidamente anexadas aos autos, embora, a rigor, deversem ser juntadas em autos apartados e apensadas ao processo, em conformidade com o artigo 8º, "caput", da Lei nº 9.296/96, o que se ressalta apenas incidentalmente, uma vez que a inobservância de tal formalidade representa mera irregularidade procedimental, não gerando nulidade. Cabe aqui ressaltar que transcrição integral das gravações não é obrigatória e muito menos necessária, pois, caso contrário, inviabilizaria todo e qualquer processo penal. Nessa quadra, cumpre mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, esposado no Inquérito Policial nº 2424/RJ, onde se decidiu que "é prescindível a transcrição integral das interceptações telefônicas, sendo imperioso, tão somente, à fim de assegurar o amplo exercício da defesa, que se permita às partes o acesso aos diálogos captados, o que ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes do STJ e do STF" (STJ - HC nº 197.882/RJ - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze - 5ª Turma - j. 14/02/2012). Ademais, não há previsão legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinando que a degravação das interceptações telefônicas deva ser feita através de laudo pericial subscrito por peritos oficiais, sendo, portanto, despicienda tal providência, máxime porque não há qualquer indício que coloque em dúvida a fidelidade das transcrições realizadas pelos policiais civis e a identificação dos investigados, revelando-se vazia de conteúdo qualquer arguição de vício ou nulidade sob esse fundamento. Nesse sentido, já se decidiu que: "É válida a prova obtida por meio de interceptação de comunicação telefônica, quando a autoridade policial observa todos os requisitos exigidos pela Lei 9.269/96, que, ressalte-se, não determina que degravação das conversas interceptadas seja feita por peritos oficiais" (STJ — HC n. 136.096/RJ - Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima - 5ª Turma - j. 18.05.2010). Destaquei.

Ainda que assim não fosse, no caso de comprovada a existência de alguma irregularidade grave, o que não ocorreu no caso em tela, nunca é demais lembrar que possíveis vícios cometidos durante o inquérito não maculam a ação penal, posto que aquela peça reveste-se de mero caráter informativo. Em outros termos, cediço que o inquérito policial se constitui em mero procedimento inquisitorial, de sorte que não lhe são aplicáveis os princípios relativos às nulidades, só cabíveis à ação penal, pelo que eventuais irregularidades praticadas no inquérito não contaminam a ação penal subsequente. Releva notar, ainda, por oportuno, que a lei adota o princípio constituído no vetusto brocardo *pas de nullite sans grief*, ou seja, de que sem prejuízo não se anula ato processual (art. 563 do CPP), de modo que compete à parte provar a existência de nulidade, bem como demonstrar o dano que lhe adveio dos atos supostamente viciados, mostrando a influência dos mesmos sobre o mérito da causa, na sua essência e substância, ó que também não ocorreu no caso vertente.

De mais a mais, a defesa técnica não apontou nenhuma distorção na colheita dessa prova no decorrer da instrução probatória (v.g., falsidades, emendas ou omissões indevidas), tampouco impugnou, de forma objetiva e analítica, eventuais trechos que reputasse parciais ou inverídicos. Logo, não se vislumbra qualquer vício, nulidade ou cerceamento de defesa, mormente porque os advogados dos réus tiveram amplo acesso a essa prova, mesmo depois de concluída a sigilosa investigação.

Por fim, convém registrar que o processo teve andamento regular e aos réus foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como respeitado o devido processo legal, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa decorrente da colheita de prova no procedimento de transcrição das interceptações telefônicas. Em conclusão, ficam rejeitadas as matérias prejudiciais versando sobre vícios, nulidades, ilegalidades, ou cerceamento de defesa.

[...]

Vê-se dos autos a existência de elementos concretos aptos a fundamentar as interceptações telefônicas, inexistindo vícios, ilegalidades ou algum cerceamento de defesa. Não há também nenhuma dúvida sobre a fidelidade das transcrições realizadas pelos policiais civis ou sobre a correta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

identificação dos investigados, revelando-se vazia de conteúdo qualquer arguição de invalidade dessa prova. Ademais, [...] *a orientação jurisprudencial desta Corte é de que é desnecessária a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez que a Lei n. 9.296/1996 não faz nenhuma exigência nesse sentido* (AgRg no REsp n. 1.604.434/RN, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2017). A propósito:

[...]

2.12. Não prospera a arguição de nulidade porque policiais do Paraguai participaram das investigações, uma vez que atuavam em conjunto com a autoridade policial nacional, por meio de convênio oficial firmado entre os governos brasileiro e paraguaio. 2.13. Somente no curso das investigações, quando já deferidas as primeiras interceptações telefônicas, é que se constatou a presença de indícios do caráter transnacional do crime de tráfico de drogas.

Inexiste, portanto, nulidade pelo fato de ter sido a quebra dos sigilos deferida, inicialmente, pelo Juízo Estadual.

2.14. O acórdão recorrido está em consonância com a posição da jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de não haver nulidade quando a decisão, ainda que sucinta, demonstra a presença de elementos concretos aptos a justificar o deferimento da interceptação telefônica.

[...]

(REsp n. 1.501.855/PR, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 30/5/2017)

Aduz-se que não existe a conduta de associação para o tráfico, pois, *pelos relatos das testemunhas de acusação, deixam transparecer a inexistência do crime de associação ao tráfico de drogas pelos pacientes Osmar e Rogerio, eis que os Policiais são categóricos em afirmar que além das escutas telefônicas não foram feitas qualquer outra diligência para investigar a estabilidade e continuidade de uma eventual associação para o tráfico* (fl. 32).

Quanto à alegação de inexistência de crime de associação, as razões trazidas no presente *writ* exigem o reexame fático dos autos, porquanto comprovado que os pacientes [...] *vendiam drogas dos corréus Robson e Valmir, ou seja, atuavam em comparsaria para a disseminação de drogas na cidade de Guariba e região* [...] (fl. 119). De fato, [...] *a pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de habeas corpus. Precedentes. (HC n. 422.709/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2017)

Sustenta-se que o fundamento utilizado pelos Doutos Desembargadores para exasperarem a pena base além do mínimo legal já faz parte do tipo penal descrito no artigo 35 da lei 11.343/2006, devendo assim, ser desconsiderada a causa de aumento da pena base, mantendo esta em seu patamar mínimo (fl. 48).

No entanto, razão assiste aos pacientes em relação à fixação da pena-base para o crime de associação. A pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão, e 1.400 dias-multa, por ter o julgador considerado as disposições dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, levando em conta a diversidade e a grande quantidade de drogas apreendidas, 25 trouxinhas de maconha, e a extensão do tráfico de drogas, para cidades vizinhas, bem como o número de integrantes da associação. Foi considerada ainda a reincidência do paciente Rogerio dos Santos, que elevou a pena na fração de 1/6, alcançando, para ele, 7 anos de reclusão e 1.633 dias-multa. A fundamentação apresentada, de associação e a extensão do tráfico já fazem parte do próprio tipo penal de associação, mostrando-se assim razoável que seja considerada tão somente a grande quantidade de drogas apreendidas, ou seja, majorando a pena-base em 6 meses de reclusão para cada um dos paciente, ou seja, 5 anos e 6 meses de reclusão. Em relação à reincidência de Rogerio, deverá permanecer o aumento de 1/6, encontrando a pena no total de 6 anos e 5 meses de reclusão.

Por último, afirma-se que, no caso concreto, é possível a fixação de regime inicial diverso do fechado. Mostra-se adequado ao caso o regime fechado, pela extensão da associação e a grande quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de redimensionar a pena fixada para o crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, relativa aos pacientes **Osmar Germano da Costa** e **Rogério dos Santos**, respectivamente para 5 anos e 6 meses de reclusão, e 1.200 dias-multa, e 6 anos e 5 meses de reclusão, e 1.433 dias-multa, ambos em regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0177888-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 361.937 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0055343142011 00553431420118260222 20150000126707 38872011 55343142011
553431420118260222

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO	: CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S) - SP242749
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROGERIO DOS SANTOS
PACIENTE	: OSMAR GERMANO COSTA
CORRÉU	: ROBSON SANTANA DA VEIGA
CORRÉU	: VALMIR PEDRO DA SILVA
CORRÉU	: FLÁVIO GONÇALVES DA SILVA
CORRÉU	: RONALDO APARECIDO CONSTÂNCIO
CORRÉU	: MAICON HENRIQUE FERREIRA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.