



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1896497 - PR (2021/0164240-4)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : GIOVANI SOSTER GAIO
ADVOGADOS : CIRO BRÜNING - PR020336
DANIEL FERREIRA FILHO - PR053602
GABRIEL GASKA NASCIMENTO - PR097298
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERPOSIÇÃO COM BASE NA ALÍNEA "C". NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.029, § 1º, CPC. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO SÍGILLO DAS COMUNICAÇÕES. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A NORMA SUPOSTAMENTE VIOLADA E A DISCUSSÃO TRAVADA NOS AUTOS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. USO DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PARA CORROBORAR OUTRAS PROVAS. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO BASEADA EM TESTEMUNHO POLICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. ART. 402 DO CPP. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI DE DROGAS. ART. 48 DA LEI N. 11.343/2006. DEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. FLEXIBILIZAÇÃO DO MOMENTO DAS DILIGÊNCIAS. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE. PRECEDENTES. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MATÉRIAS NÃO PREQUESTIONADAS. RECURSO ESPECIAL QUE NÃO APONTOU A VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. CARÊNCIA DE REQUISITO PARA O PREQUESTIONAMENTO FICTO. REEXAME DE FATOS E PROVAS PARA CONCLUIR DE MODO DIVERSO SOBRE A CONJUNTURA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INSIGNIFICÂNCIA DA QUANTIDADE DA DROGA. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. IMAGENS DA TRAFICÂNCIA CAPTADAS POR CÂMERA. GRANDE SOMA EM DINHEIRO APREENDIDA. PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO INDEFERIDO.

I - A interposição do apelo nobre com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional exige os requisitos do art. 1029, e § 1º do Código de Processo Civil, e art. 255, § 1º, do RISTJ para a devida demonstração do alegado dissídio

jurisprudencial, competindo à parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, bem como transcrever os acórdãos para a comprovação da divergência e realizar o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, situação que não ocorreu na espécie.

II - Quanto à violação do sigilo de dados contidos no aparelho celular, incidente a Súmula n. 284/STF, porquanto as razões do recurso estão dissociadas do fundamento do acórdão recorrido, pois o agravante apenas afirmou que o teor das mensagens foi utilizado como elemento de convencimento judicial, enquanto que o Tribunal *a quo* justificou a licitude da prova a partir da serendipidade, não havendo, nas razões recursais, indicação clara de como o referido princípio poderia estar em descompasso com a legislação federal.

III - A deduzida ofensa ao art. 155 do CPP não se configura, diante do esteio da condenação em provas produzidas em juízo, cujos elementos de informação corroboram a conclusão pela responsabilidade penal. Acórdão recorrido em conformidade com o entendimento desta Corte Superior.

IV - O requerimento de diligências complementares é subsidiariamente aplicado ao rito da Lei de Drogas, consoante art. 48 da referida norma. Uma vez que o deferimento das diligências é ato discricionário, poderá o magistrado, em situações excepcionais, e tendo em vista a busca da verdade, flexibilizar a regra do art. 402 do Código de Processo Penal, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, tal qual ocorrido no caso sob exame, em que o requerimento não foi feito ao final da audiência de instrução e julgamento, consoante prevê a norma, e sim no curso do prazo para a apresentação de alegações finais por memoriais.

V - A conclusão defensiva pelo equívoco do Tribunal de origem quanto ao momento em que foi feita a oitiva da defesa esbarra na Súmula n. 7, STJ, diante da necessidade de reexame de fatos e provas para concluir de modo diverso acerca da conjuntura fática fixada nos atos decisórios das instâncias ordinárias. Soma-se a isso o fato de que, a despeito dos embargos de declaração opostos pela defesa, tais circunstâncias não foram enfrentadas pelos julgadores na origem, sendo inviável o prequestionamento ficto porque as razões recursais não suscitaram a violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

VI - É inviável conhecer da tese de violação ao art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, por falta de prequestionamento no que diz respeito à decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no HC n. 127.573, que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância em razão da ínfima quantidade de drogas apreendida.

VII - É inconcebível se falar em atipicidade da conduta devido ao princípio da insignificância ou, ainda, buscar a desclassificação do delito no caso em exame diante do tráfico de significativa parte do estoque de drogas, inviabilizando a concessão da ordem de ofício.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/05/2024 a 20/05/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de maio de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1896497 - PR (2021/0164240-4)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : GIOVANI SOSTER GAIO
ADVOGADOS : CIRO BRÜNING - PR020336
DANIEL FERREIRA FILHO - PR053602
GABRIEL GASKA NASCIMENTO - PR097298
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERPOSIÇÃO COM BASE NA ALÍNEA "C". NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.029, § 1º, CPC. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A NORMA SUPOSTAMENTE VIOLADA E A DISCUSSÃO TRAVADA NOS AUTOS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. USO DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PARA CORROBORAR OUTRAS PROVAS. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO BASEADA EM TESTEMUNHO POLICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. ART. 402 DO CPP. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI DE DROGAS. ART. 48 DA LEI N. 11.343/2006. DEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. FLEXIBILIZAÇÃO DO MOMENTO DAS DILIGÊNCIAS. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE. PRECEDENTES. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MATÉRIAS NÃO PREQUESTIONADAS. RECURSO ESPECIAL QUE NÃO APONTOU A VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. CARÊNCIA DE REQUISITO PARA O PREQUESTIONAMENTO FICTO. REEXAME DE

FATOS E PROVAS PARA CONCLUIR DE MODO DIVERSO SOBRE A CONJUNTURA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INSIGNIFICÂNCIA DA QUANTIDADE DA DROGA. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. IMAGENS DA TRAFICÂNCIA CAPTADAS POR CÂMERA. GRANDE SOMA EM DINHEIRO APREENDIDA. PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO INDEFERIDO.

I - A interposição do apelo nobre com fulcro na alínea “c” do permissivo constitucional exige os requisitos do art. 1029, e § 1º do Código de Processo Civil, e art. 255, § 1º, do RISTJ para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, competindo à parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência ou indicar repositório oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, bem como transcrever os acórdãos para a comprovação da divergência e realizar o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, situação que não ocorreu na espécie.

II - Quanto à violação do sigilo de dados contidos no aparelho celular, incidente a Súmula n. 284/STF, porquanto as razões do recurso estão dissociadas do fundamento do acórdão recorrido, pois o agravante apenas afirmou que o teor das mensagens foi utilizado como elemento de convencimento judicial, enquanto que o Tribunal *a quo* justificou a licitude da prova a partir da serendipidade, não havendo, nas razões recursais, indicação clara de como o referido princípio poderia estar em descompasso com a legislação federal.

III - A deduzida ofensa ao art. 155 do CPP não se configura, diante do esteio da condenação em provas produzidas em juízo, cujos elementos de informação corroboram a conclusão pela responsabilidade penal. Acórdão recorrido em conformidade com o entendimento desta Corte Superior.

IV - O requerimento de diligências complementares é subsidiariamente aplicado ao rito da Lei de Drogas, consoante art. 48 da referida norma. Uma vez que o deferimento das diligências é ato discricionário, poderá o magistrado, em situações excepcionais, e tendo em vista a busca da verdade, flexibilizar a regra do art. 402 do Código

de Processo Penal, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, tal qual ocorrido no caso sob exame, em que o requerimento não foi feito ao final da audiência de instrução e julgamento, consoante prevê a norma, e sim no curso do prazo para a apresentação de alegações finais por memoriais.

V - A conclusão defensiva pelo equívoco do Tribunal de origem quanto ao momento em que foi feita a oitiva da defesa esbarra na Súmula n. 7, STJ, diante da necessidade de reexame de fatos e provas para concluir de modo diverso acerca da conjuntura fática fixada nos atos decisórios das instâncias ordinárias. Soma-se a isso o fato de que, a despeito dos embargos de declaração opostos pela defesa, tais circunstâncias não foram enfrentadas pelos julgadores na origem, sendo inviável o prequestionamento ficto porque as razões recursais não suscitaram a violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

VI - É inviável conhecer da tese de violação ao art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, por falta de prequestionamento no que diz respeito à decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no HC n. 127.573, que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância em razão da ínfima quantidade de drogas apreendida.

VII - É inconcebível se falar em atipicidade da conduta devido ao princípio da insignificância ou, ainda, buscar a desclassificação do delito no caso em exame diante do tráfico de significativa parte do estoque de drogas, inviabilizando a concessão da ordem de ofício.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por GIOVANI SOSTER GAIO contra a decisão que conheceu do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, negar-lhe provimento.

Neste regimental, a Defesa, em suma, entende pela demonstração do dissenso pretoriano, de acordo com requisitos legais, pela superação da Súmula 284/STF, pela impossibilidade de se considerar pacificada a jurisprudência desta Corte Superior quanto ao valor da palavra dos policiais, pela inaplicabilidade da Súmula 7/STJ, pela preclusão quanto às diligências realizadas a destempo e pela possibilidade do prequestionamento ficto.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do recurso

ao órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

O presente agravo regimental não merece provimento.

Neste agravo regimental, consigno que a Defesa pretende a reforma da decisão agravada diante da inaplicabilidade dos óbices sumulares e da ausência de entendimento pacificado sobre as matérias versadas nesse recurso.

Consoante outrora destacado, o recurso especial versava sobre vários tópicos (inviolabilidade de dados sem autorização judicial ou consentimento, cerceamento de defesa, condenação baseada em prova extrajudicial, ausência de fundamentação e dissídio jurisprudencial - fl. 299), ao passo que a decisão agravada analisou apenas a questão atinente ao acesso de dados que constavam do aparelho telefônico do agravante.

Nada obstante, como já afirmado, o recurso especial padece de outros vícios que prejudicam sua admissibilidade.

Em primeiro lugar, o recurso foi interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional, sem a observância dos requisitos do art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil, a saber:

"Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] § 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados."

Segundo assentado pela Corte Especial, a comprovação do dissídio jurisprudencial requer *"a adoção de uma das seguintes providências quanto a paradigma indicado como divergente: (a) a juntada de certidões; (b) a apresentação de cópia do inteiro teor do julgado; (c) a citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que se ache publicado, inclusive em mídia eletrônica; e (d) a reprodução do julgado disponível na rede mundial de computadores, com a indicação da respectiva fonte na internet."* (AgInt nos EREsp n. 1.894.733/PB, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de

3/11/2023, grifei)

In casu, a peça defensiva faz mera transcrição das ementas indicadas como paradigmas, sem adotar as formalidades necessárias para demonstrar a autenticidade dos precedentes mencionados. Ademais, a comparação entre o caso sob exame e os acórdãos invocados foi deveras superficial, o que prejudicou a demonstração da semelhança fática entre os casos comparados.

A propósito, colaciono a orientação deste Sodalício sobre a técnica a ser observada no cotejo analítico:

*"[...] A mera transcrição de ementas e excertos, desprovida da realização do necessário cotejo analítico capaz de evidenciar a similitude fática entre os arestos confrontados, mostra-se insuficiente para comprovar a divergência jurisprudencial ensejadora da abertura da via especial com esteio na alínea "c" do permissivo constitucional. Precedentes." (AgInt no AREsp n. 1.177.460/SP, **Quarta Turma**, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 11/4/2023).*

*"[...] Inviável, como dito no decisum vergastado, o conhecimento do apelo nobre quanto à alínea c, porquanto não atendidos os requisitos legais e regimentais para demonstração do alegado dissídio, com o efetivo cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, de forma a evidenciar a similitude fática e a dissonância na interpretação jurídica, não sendo suficiente a mera transcrição de trechos dos acórdãos apontados como paradigmas. Precedentes." (AgRg no AREsp n. 1.436.777/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 20/5/2019).*

Considerando que o recurso não atendeu aos requisitos mínimos quanto às teses fundadas na alínea "c" do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, mantenho o juízo de inadmissibilidade nesse ponto.

Em relação à alínea "a" do permissivo constitucional, observo que a primeira tese diz respeito à suposta violação do sigilo de aparelho celular do agravante (fl. 302). Entretanto, consta do acórdão de apelação que o teor das mensagens recebidas no telefone do agravante pôde ser conhecido por meio de notificações exibidas na tela bloqueada do aparelho.

Veja-se (fl. 199-200, grifei):

"O condenado foi detido pelo cometimento, em tese, de vias de fato e ameaça contra sua namorada.

Na ocasião, além da vítima dar conta da agressão sofrida, ela afirmou que o infrator vendia psicoativos e fazia a negociação com os compradores através de mensagens de texto, as quais já havia visto anteriormente.

Os milicianos confiscaram o telefone do agente e verificaram o recebimento de diversas notificações com questionamentos como 'você está aí?', 'tá tendo?', 'quanto que é minha dívida?' (sic).

As conversas foram lidas através da tela bloqueada do celular, o qual era protegido por senha, enquanto o apelante estava sendo interrogado.

Após a autuação do investigado, foi solicitado à autoridade competente a quebra de sigilo telefônico e encaminhado o aparelho móvel para a realização de perícia, a qual concluiu que (mov. 182.1 – AP):

'O exame foi parcialmente prejudicado devido ao equipamento se encontrar protegido por senha pessoal do tipo código alfanumérico (vide item '4.1. c' do presente laudo), e não foi possível contornar o sistema de segurança do aparelho com as ferramentas forenses atuais deste Instituto de Criminalística. Caso a senha de desbloqueio seja fornecida, o exame pericial completo do Equipamento poderá ser realizado. Ademais, os dados contidos no Cartão de Memória e nos Cartões SIM foram extraídos e consolidados em relatório, no Anexo Eletrônico ao presente laudo.' (sic).

Ao contrário do aduzido na insurgência, em nenhum momento os servidores de segurança tiveram acesso aos dados do item eletrônico.

Ressalto ser bastante comum, nas prisões relacionadas aos crimes descritos na Lei n.º11.343/06, o telefone do traficante ficar recebendo ligações e mensagens de usuários quando o pertence já se encontra apreendido.

A meu ver, a mera visualização das conversas que chegavam, por acaso, durante a apuração dos fatos não constitui violação à mencionada garantia constitucional.

Além da situação se encaixar perfeitamente na hipótese de encontro fortuito de provas, anoto que as informações obtidas com o confisco do objeto não foram as únicas utilizadas para fundamentar o decreto condenatório.

Portanto, não restou configurada a mencionada nulidade."

O acórdão faz referência às notificações do tipo *push*, que levam ao aparecimento de *pop-ups* contendo os trechos iniciais da mensagem recebida, os quais podem ser visualizados por qualquer pessoa que tenha a tela do celular em seu campo de visão, sem que seja necessário acessar o aparelho.

Ao tentar rebater os argumentos lançados pela Corte local, o agravante apenas afirmou que o teor das mensagens foi utilizado como elemento de convencimento judicial (fl. 303). No entanto, o Tribunal *a quo* justificou a licitude da prova a partir da serendipidade, não havendo, nas razões recursais, indicação clara de como o referido princípio poderia estar em descompasso com a legislação federal.

A respeito, saliento que esbarra no óbice da Súmula n. 284, STF, por deficiência de fundamentação, o recurso especial em que não há *"correlação entre a norma apontada como violada e a discussão efetivamente trazida nos autos"* (REsp n. 1.798.903/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 30/10/2019).

Quanto à alegada violação ao art. 155 do Código de Processo Penal, a defesa afirma que a condenação teria sido baseada *"única e exclusivamente a partir de palavras dos policiais de que, em síntese, teriam visto na tela do celular mensagens que chegavam e que, a partir delas, atribuíram ao Sr. Giovani a alcunha de traficante"* (fl. 303).

No entanto, a argumentação vai de encontro ao que foi apurado pelas instâncias ordinárias, conforme os seguintes excertos (fls. 35-36 e 208):

"Assim, não há que se falar em falta de provas para uma condenação, notadamente porque devidamente confirmado que o acusado estava realizando a venda de drogas na noite em que foi preso em flagrante delito pela prática da contravenção penal de vias de fato.

Em que pese a pouca quantidade de droga encontrada na carteira do réu, não há que se falar na aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a gravidade do delito perpetrado, bem como a reincidência específica do denunciado.

Ainda, denota-se que os elementos probatórios juntados ao feito compravam que o réu estava vendendo a droga próximo a um poste na esquina do estabelecimento Point Beer, sendo que a câmera do referido estabelecimento flagrou toda a movimentação do acusado. Embora, apenas observando a imagem, não dê para fazer o perfeito reconhecimento do denunciado, em análise ao mapa da tornozeleira eletrônica de Giovani, é possível verificar que ele fez o mesmo trajeto registrado pela câmera, o que não deixa pairar dúvidas de que era o acusado realizado o comércio de drogas naquele local.

Outrossim, percebe-se que o acusado saía de seu ponto, descendo a rua, voltando posteriormente para o mesmo local, o que dá

a entender que Giovani se deslocava para ir buscar a droga e voltava ao local para fazer a entrega, o que justifica o motivo do réu ser encontrado com apenas duas buchas de cocaína."

"Após atenderem a súplica da lesada, deram voz de abordagem ao sujeito apontado por ela como responsável pelas vias de fato e perceberam se tratar de indivíduo conhecido no meio policial pela mercancia de psicoativos.

Depois do encaminhamento dos envolvidos para a Polícia Civil, foi realizada nova busca nos pertences apreendidos. Nesta revisão, foram detectados dois invólucros da mencionada droga.

Pelo período no qual o apelante ficou retido, chegavam, frequentemente, mensagens de texto em seu celular com questionamentos como 'você está aí?', 'tá tendo?', 'quanto que é minha dívida?' (sic)(mov. 212.1 – AP).

Além das notificações suspeita e da narrativa de J. F. dos S. acerca da comercialização de narcóticos pelo sentenciado, também existia diversas denúncias anônimas sobre a atividade ilícita por ele exercida.

Tais notícias davam conta da traficância em um ponto de ônibus, próximo à casa do recorrente.

Como se não bastasse, durante a abordagem policial, populares que circulavam pela região, disseram terem visto o reprovado trocando um pequeno pacote por dinheiro com outras pessoas (mov. 117.9 e 117.8 – AP).

Diante das provas angariadas, forçoso concluir pela incursão do infrator no crime denunciado."

Houve, portanto, a produção de provas capazes de justificar a condenação, sendo que os elementos de informação apenas corroboram aquilo que, de qualquer modo, poderia ser deduzido a partir da instrução efetuada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido:

"[...]Existindo prova produzida sob o crivo do contraditório judicial para respaldar o juízo condenatório, e tendo ela sido reforçada por elementos de informação amealhados na fase inquisitiva, com destaque para o depoimento do policial militar JORGE MÁRIO LEITE DOS SANTOS, não há nulidade, por violação ao art. 155, do Código de Processo Penal" (AgRg no HC n. 786.905/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/2/2023).

"[...]No caso em exame, o édito condenatório foi motivado não apenas nos elementos de informação produzidos no curso do

inquérito policial como também na prova pericial e no cotejo dos depoimentos prestados em juízo" (AgRg no AREsp n. 1.264.516/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 16/8/2021).

Ainda que não fosse o caso, esta Corte já validou a possibilidade de se fundar a condenação em depoimento policial prestado em juízo.

Confira-se:

"[...] segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes" (AgRg no HC n. 854.390/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/9/2023).

"PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVA JUDICIALIZADA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS. OFENSA AO ART. 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, firmou entendimento no sentido de não admitir condenação criminal fundada tão somente em prova colhida na fase inquisitorial/policial.

2. No caso, entretanto, o decreto condenatório não se sustenta apenas em elementos colhidos na fase inquisitorial, como afirmou a defesa, mas também em depoimentos prestados em juízo, o que afasta a apontada nulidade.

3. A alegação de que os depoimentos policiais colhidos na fase judicial não seriam suficientes para comprovar a autoria delitiva, demandaria o cotejo do material fático/probatório dos autos, o que não é possível em sede de habeas corpus.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 300.212/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 4/11/2015).

"[...] O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova" (AgRg no AREsp n. 597.972/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/11/2016).

Sobre a alegada violação ao art. 402 do Código de Processo Penal, a defesa sustenta que o referido dispositivo não se aplica ao procedimento especial da Lei de Drogas. Sem razão, contudo.

Embora o referido procedimento não preveja a fase de requerimento das diligências complementares, é possível a aplicação subsidiária do procedimento comum, se necessário, *ex vi* do art. 48 da Lei n. 11.343/2006.

Ressalto, ainda, que *"o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, com opção de indeferi-las, motivadamente, quando julgar que são protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução (REsp 1520203/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 1/10/2015)" (AgRg no AREsp 1242011/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 29/4/2019) " (AgRg no AREsp n. 1.986.464/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 16/9/2022).*

Uma vez que o deferimento das diligências é ato discricionário, poderá o magistrado, em situações excepcionais, e tendo em vista a busca da verdade, flexibilizar a regra do art. 402 do Código de Processo Penal, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, tal qual ocorrido no caso sob exame, em que o requerimento não foi feito ao final da audiência de instrução e julgamento, consoante prevê a norma, e sim no curso do prazo para a apresentação de alegações finais por memoriais.

Ao se debruçar sobre questão semelhante, a Quinta Turma validou o referido procedimento, em acórdão assim ementado:

"[...] IV - Recurso ordinário em que se sustenta a ilegalidade de decisão do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba que, a pedido do Ministério Público Federal, deferiu a oitiva de colaborador premiado após o encerramento da instrução processual da Ação Penal n. 5059754-52.2018.4.04.7000.

V - O art. 156, II, do CPP faculta ao magistrado determinar, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante suscitado na instrução, e o art. 402 do CPP autoriza as partes a requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

VI - No âmbito do processo penal, por força do princípio da busca da verdade processual (ou judicial) e em decorrência da própria adoção do sistema da persuasão racional do juiz (convencimento

motivado e discricionariamente regrada), pode o magistrado, de maneira subsidiária, complementar e excepcional, determinar que se elaborem provas consideradas necessárias e adequadas para dirimir dúvidas sobre pontos controversos e relevantes que surgiram no curso da instrução criminal, contanto que com a devida fundamentação e mediante estrita observância ao princípio do contraditório, ainda quando diferido (contraditório sobre a prova).

VII - A realização de diligências ao término da instrução criminal, quer por pedido expresso do órgão acusatório, quer por iniciativa probatória do juiz, não viola o princípio da imparcialidade, corolário do princípio do devido processo legal, nem o sistema acusatório adotado no sistema processual penal brasileiro.

VIII - A superação do dogma da busca pela pura verdade absoluta ou material no processo penal em favor da correta busca pela verdade processual ou judicial - a verdade que pode ser alcançada mediante atividade instrutória e probatória desenvolvida em harmonia com os direitos e garantias fundamentais do acusado - não impede a iniciativa probatória do juiz para dirimir pontos ainda controversos, pois o princípio do in dubio pro reo, como regra de valoração das provas e de julgamento, deve ser aplicado para a absolvição do acusado somente quando se exaurirem todos os meios legítimos para a verificação da procedência das alegações sobre fatos elaboradas tanto pela acusação como pela defesa" (AgRg no RHC n. 131.462/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1/3/2021).

A fim de melhor elucidar o tema, faz-se oportuno transcrever, ainda, um pequeno trecho do acórdão supramencionado (fl. 14, grifei):

"No caso, a determinação da diligência ocorreu em apreciação de pedido expresso feito pelo Ministério Público Federal na condição de autor da ação penal (dominus litis). Sem embargo, importa considerar que, no âmbito do processo penal, por força do princípio da busca da verdade processual (ou judicial) e em decorrência da própria adoção do sistema da persuasão racional do juiz (convencimento motivado e discricionariamente regrada), pode o magistrado, de maneira subsidiária, complementar e excepcional, determinar que se elaborem provas consideradas necessárias e adequadas para dirimir dúvidas sobre pontos controversos e relevantes que surgiram no curso da instrução criminal, contanto que com a devida fundamentação e mediante estrita observância ao princípio do contraditório, ainda quando diferido (contraditório sobre a prova).

Logo, se pode o julgador, de ofício, determinar diligências após o encerramento da instrução e antes de proferir sentença para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, com maior razão poderá fazê-

lo havendo pedido expresso do órgão acusador.

Assim, a realização de diligências ao término da instrução criminal, quer por pedido expresso do órgão acusatório, quer por iniciativa probatória do juiz, não viola o princípio da imparcialidade, corolário do princípio do devido processo legal, nem o sistema acusatório adotado no sistema processual penal brasileiro."

Desse modo, mesmo não sendo usual, é possível que as peculiaridades do caso concreto justifiquem a realização das diligências complementares após o marco previsto no art. 402 do Código de Processo Penal, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

In casu, o Tribunal de origem constatou que as referidas garantias foram respeitadas, de modo que as diligências complementares não causaram prejuízo à defesa (fls. 200-201):

"De fato, a juntada do laudo pericial, do relatório de tornazeleira eletrônica e das imagens das câmeras de segurança ocorreu em momento posterior à colheita dos depoimentos orais.

Entretanto, ressalto que nenhum procedimento foi autorizado de plano.

Antes de permitir as respectivas medidas, o digno Magistrado, respeitando as garantias constitucionais do denunciado, assegurou o direito de manifestação das partes sobre os pretendidos atos."

Conquanto o recurso interposto afirme que houve equívoco do Tribunal *a quo* quanto ao momento em que foi feita a oitiva da defesa, a Súmula n. 7, STJ, impede o reexame de fatos e provas para concluir de modo diverso acerca da conjuntura fática fixada nos atos decisórios das instâncias ordinárias.

Soma-se a isso o fato de que, a despeito dos embargos de declaração opostos pela defesa, tais circunstâncias não foram enfrentadas pelos julgadores na origem, sendo inviável o prequestionamento ficto porque as razões recursais não suscitaram a violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

Nessa linha:

"[...] Nas razões do recurso especial, não foi alegada ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, a fim de que se verificasse a existência de omissão por parte do Tribunal a quo, de maneira a determinar-se eventual retorno dos autos àquela Corte para saneamento do vício ou se considerasse fictamente prequestionada a matéria, na forma do art. 1.025 do Código de Processo Civil, c.c. o art.

3.º do Código de Processo Penal (AgRg no REsp n. 1.946.034/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 27/8/2021). Entende esta Corte que o prequestionamento ficto é possível até mesmo na esfera penal, desde que no recurso especial tenha o recorrente apontado violação ao art. 619 do CPP (dispositivo do CPP correspondente ao art. 1.022 do CPC), a fim de permitir que o órgão julgador analise a (in)existência do vício assinalado e, acaso constatado, passe desde então ao exame da questão suscitada, suprimindo a instância inferior, se necessário, consoante preleciona o art. 1.025 do CPC. Precedentes (AgRg no REsp 1.669.113/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 11/5/2018) - (AgRg no AREsp n. 1.842.778/TO, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 23/8/2021)" (AgRg no REsp n. 2.009.842/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 16/11/2023).

"[...] Nas razões do recurso especial, não foi indicada a ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, indispensável para aferir a existência de omissão por parte do Tribunal de origem ou a caracterização de prequestionamento ficto das matérias" (AgRg no AREsp n. 2.391.101/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/10/2023)

Na mesma linha, é inviável conhecer da tese de violação ao art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, por falta de prequestionamento no que diz respeito à decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no HC n. 127.573, que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância em razão da ínfima quantidade de drogas apreendida.

Sem prejuízo, para os fins de apreciação do pedido de *habeas corpus*, reporto-me novamente ao seguinte excerto da sentença (fls. 35-36, grifei):

"Ainda, denota-se que os elementos probatórios juntados ao feito compravam que o réu estava vendendo a droga próximo a um poste na esquina do estabelecimento Point Beer, sendo que a câmera do referido estabelecimento flagrou toda a movimentação do acusado. Embora, apenas observando a imagem, não dê para fazer o perfeito reconhecimento do denunciado, em análise ao mapa da tornozeleira eletrônica de Giovani, é possível verificar que ele fez o mesmo trajeto registrado pela câmera, o que não deixa pairar dúvidas de que era o acusado realizado o comércio de drogas naquele local.

Outrossim, percebe-se que o acusado saía de seu ponto, descendo a rua, voltando posteriormente para o mesmo local, o que dá a entender que Giovani se deslocava para ir buscar a droga e voltava ao local para fazer a entrega, o que justifica o motivo do réu ser

encontrado com apenas duas buchas de cocaína.

[...]

No mesmo sentido, com relação ao dinheiro apreendido com o denunciado, denota-se que foi encontrada uma grande quantia, na maioria em notas de cinquenta reais, que segundo os policiais militares é o valor médio pago pela bucha de cocaína, sendo guardados no bolso de qualquer forma, estando amassados, caracterizando mais um forte indício do tráfico de drogas."

É inconcebível se falar em atipicidade da conduta devido ao princípio da insignificância ou, ainda, buscar a desclassificação do delito no caso em exame diante do tráfico de significativa parte do estoque de drogas, inviabilizando a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, tendo em vista que a parte agravante não conseguiu demonstrar o equívoco da decisão impugnada, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AREsp 1.896.497 / PR
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2021/0164240-4

Número de Origem:
00004547120208160126 259942020 4547120208160126

Sessão Virtual de 14/05/2024 a 20/05/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GIOVANI SOSTER GAIO
ADVOGADOS : CIRO BRÜNING - PR020336
DANIEL FERREIRA FILHO - PR053602
GABRIEL GASKA NASCIMENTO - PR097298
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO
EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE
DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GIOVANI SOSTER GAIO
ADVOGADOS : CIRO BRÜNING - PR020336
DANIEL FERREIRA FILHO - PR053602
GABRIEL GASKA NASCIMENTO - PR097298
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/05/2024 a 20/05/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 20 de maio de 2024