



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2182818 - SC (2022/0240529-0)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : D C K
ADVOGADO : JEREMIAS FELSKY - SC005964
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : C R
CORRÉU : E D DA S
CORRÉU : G L B
CORRÉU : R M F H
CORRÉU : F S S

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE MEDIDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. IDONEIDADE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA ORIGEM. SÚMULA N. 83, STJ.

I - Firmado pelo acórdão recorrido que o proprietário do aparelho consentiu com o acesso da polícia aos dados telefônicos, perquirir se as provas examinadas pelas instâncias ordinárias são suficientes para comprovar o fato demanda incursão no acervo fático-probatório dos autos.

II - Investigar os elementos fáticos adotados na origem para justificar o cumprimento do requisito do art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/1996 e respaldar a medida de interceptação das comunicações telefônicas depende da análise do acervo fático-probatório. Aplica-se à espécie a Súmula n. 7, STJ. Precedentes.

III - O regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica e concreta, pautada nos critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

IV - No caso concreto, o regime fechado foi estabelecido com base na quantidade de droga apreendida (3,261 kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Adequada, portanto, a aplicação da Súmula n. 83, STJ.

Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial.

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

Brasília, 19 de março de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2182818 - SC (2022/0240529-0)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : D C K
ADVOGADO : JEREMIAS FELSKY - SC005964
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : C R
CORRÉU : E D DA S
CORRÉU : G L B
CORRÉU : R M F H
CORRÉU : F S S

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE MEDIDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. IDONEIDADE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA ORIGEM. SÚMULA N. 83, STJ.

I - Firmado pelo acórdão recorrido que o proprietário do aparelho consentiu com o acesso da polícia aos dados telefônicos, perquirir se as provas examinadas pelas instâncias ordinárias são suficientes para comprovar o fato demanda incursão no acervo fático-probatório dos autos.

II - Investigar os elementos fáticos adotados na origem para justificar o cumprimento do requisito do art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/1996 e respaldar a medida de interceptação das comunicações telefônicas depende da análise do acervo fático-probatório. Aplica-se à espécie a Súmula n. 7, STJ. Precedentes.

III - O regime de cumprimento de pena mais gravoso pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica e concreta, pautada nos critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

IV - No caso concreto, o regime fechado foi estabelecido com base na quantidade de droga apreendida (3,261 kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Adequada, portanto, a aplicação da Súmula n. 83, STJ.

Agravo conhecido para não conhecer do recurso especial.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto por **D C K** contra decisão do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA** que não admitiu o recurso especial da defesa.

A agravante foi condenada às penas de 9 (nove) anos e 7 (sete) meses de reclusão em regime inicial fechado e multa pela prática dos crimes dos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 772-802).

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da defesa, a fim de absolver a agravante do delito de associação para o tráfico e redimensionar a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa (fls. 1308-1345).

A defesa interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, "a", da Constituição, em que apontou afronta aos arts. 2º, inciso I, da Lei n. 9.296/1996, 157, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal e ao art. 33, §2º, "b", do Código Penal (fls. 1359-1377).

O recurso especial não foi admitido na origem, por incidência das Súmulas ns. 7 e 83, STJ (fls. 1399-1403).

Sobreveio o agravo em recurso especial (fls. 1411-1420).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 1470-1478).

É o relatório.

VOTO

A controvérsia posta nos autos circunscreve-se a dois pontos: i) nulidade da interceptação telefônica determinada com base em indícios obtidos por meio da quebra de sigilo de dados telefônicos de terceiro precedido de seu consentimento e ii) inviabilidade de adoção de regime de cumprimento de pena mais severo do que o previsto legalmente

para o patamar da pena definitiva estabelecida nas instâncias ordinárias.

No tocante à interceptação telefônica, o Tribunal de origem afastou a tese defensiva de nulidade da medida, ressaltando ser inconteste que o proprietário do celular apreendido consentiu com o acesso dos policiais ao aparelho. Asseverou, ainda, que as condutas examinadas nestes autos já eram objeto de investigação pela polícia (fl. 1311).
A propósito:

"Da análise dos autos n. 0008217-04.2019.8.24.0008 (pedido de quebra de sigilo telefônico), verifica-se que, na fase embrionária da extensa investigação posteriormente realizada, o foco era a pessoa do réu [C R], após denúncias anônimas destinadas à Polícia Civil daquela Comarca dando conta do envolvimento do citado réu na prática de tráfico de drogas, tendo sido indicado, ainda, o numeral telefônico a ele pertencente (Evento 2, INF17 e Evento 2, INF18).

Por meio da decisão proferida no Evento 8, DEC23 daqueles autos, a autoridade judiciária deferiu o pedido formulado pela autoridade policial e determinou, dentre outras, a interceptação das comunicações telefônicas e dados telemáticos, recebidos e enviados, pelo prazo de 15 (quinze) dias, dos seguintes terminais de telefonia móvel e seus IMEIs vinculados: (...)

Após, a autoridade policial peticionou nos autos e informou que teria recebido informações oriundas da Divisão de Investigação Criminal de Brusque acerca de uma apreensão de 150 quilos de maconha, além de celulares dos envolvidos, os quais foram acessados pelos agentes estatais responsáveis pelo então flagrante, dos quais foi possível extrair conversas mantidas com um numeral (47 92365814 e 47 96480806) identificado como "Amigo", cujo teor denotava ser ele o intermediador e possível proprietário da droga.

Informou, ainda, que "coincidentemente ou não, no dia 16/08/2019, por volta das 21h38min, [C R] e "Amigo" conversam e combinam um encontro. Na oportunidade, [C R] diz que está na casa de "Amigo", referindo-se como "Bat Local", razão pelo qual pugnou a Polícia pela prorrogação da interceptação em relação a [C R], bem como o início da medida em relação ao indivíduo até então identificado como "Amigo".

Tal pleito contou com decisão favorável do

juízo a quo (Evento 22, DEC72), de modo a possibilitar que a polícia angariasse elementos e identificasse "Amigo" como sendo o ora réu Evandro, uma vez que um dos ramais telefônicos por ele utilizado estava em nome de sua companheira, a também apelante [D C K], a qual teria feito postagens em sua conta junto ao Facebook parabenizando o companheiro pela passagem de seu aniversário em data que conferia com a data de nascimento de [E V D DA S] obtida via SISP (Evento 26, INF86 e Evento 26, INF87)

Assim, estabelecidas estas premissas, inviável o acolhimento da aventada nulidade, pois não há ilegalidade naquela consulta feita pelos policiais de Brusque no aparelho celular de Bruno (réu naquele APF instaurado naquela Comarca), tendo em vista a autorização deste para tanto, autorização esta que, não obstante não anexada aos presentes autos, deu-se via gravação audiovisual, conforme comunicação interna enviada pela Delegacia de Brusque à Delegacia de Blumenau (Evento 15).

Somado a isso, conforme bem elucidado tanto pela polícia nos seus detalhados requerimentos como pelo juiz em suas judiciosas decisões, concomitantemente a esta apreensão em Brusque encontrava-se ativa a investigação para apuração de eventual crime de tráfico de drogas perpetrado por [C R], pela DIC de Blumenau, tendo esta especializada já levantado indícios sobre [E V D DA S] enquanto este se comunicava com [C R], de modo que a confluência de tais elementos culminou na acertada autorização para interceptação.

Dessa forma, sendo inconteste que Bruno, naqueles autos que tramitam em Brusque, teria autorizado o acesso de seu aparelho celular apreendido, certo é que não falar em "procedimento vedado" mediante "devassa de dados", sobretudo quando a análise da questão é feita sem perder de vista a investigação já em andamento promovida pela polícia de Blumenau."

O recurso especial, por sua vez, sustenta não haver nos autos prova de que o terceiro investigado tenha consentido com o acesso ao seu aparelho telefônico pela polícia, de forma que as interceptações telefônicas realizadas em face do companheiro da recorrente (E V D DA S) com base na quebra de sigilo dos dados telefônicos do terceiro seriam nulas.

Alega que o acórdão recorrido reconheceu não haver nos autos prova de que o

terceiro teria franqueado o acesso da polícia ao seu aparelho telefônico. Ressaltou que também não houve autorização judicial para a quebra de sigilo dos dados telefônicos. Concluiu assim, que as informações obtidas a partir dessa medida não se prestam para fundamentar a interceptação telefônica em face do corréu, sob pena de ofensa ao art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.296/1996, bem como ao art. 157, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal.

Conforme indicado anteriormente, o Tribunal de origem, soberano na análise do contexto fático-probatório, assentou estar devidamente comprovado que o proprietário do celular franqueou à polícia acesso aos dados telefônicos.

Perquirir se as provas examinadas pelas instâncias ordinárias são suficientes para demonstrar o consentimento do dono do aparelho telefônico demanda incursão nos fatos e provas colhidos nos autos. Tal atividade, todavia, não se coaduna com o rito deste recurso excepcional, de forma que aplico à espécie a Súmula n. 7, STJ.

O acórdão recorrido ressaltou, ainda, que a medida de interceptação telefônica decorreu de ampla investigação que já vinha sendo realizada pela polícia, não se pautando unicamente nos dados obtidos por meio do acesso ao celular de terceiro. Noto que a própria recorrente aponta que o número telefônico de seu companheiro e corréu, **E V D DA S**, já havia sido identificado pela polícia em virtude do monitoramento do corréu **C R**.

Dessa forma, entendo que, no caso concreto, investigar os elementos fáticos adotados na origem para justificar o cumprimento do requisito do art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/1996 e respaldar a interceptação telefônica depende igualmente da análise do acervo fático-probatório. Precedentes: AgRg no AREsp n. 2.324.431/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 21/8/2023; AgRg no AREsp n. 2.176.259/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/5/2023; AgRg no AREsp n. 2.231.683/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 31/3/2023; AgRg no RHC n. 169.330/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 24/3/2023.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, o recurso especial advoga pelo estabelecimento da modalidade semiaberta, porquanto não haveria fundamento concreto para a fixação do regime fechado.

O Tribunal de origem, por sua vez, a despeito de redimensionar a pena da recorrente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, manteve o regime inicial

fechado, tendo em vista a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria pelo juízo sentenciante, pautada nos critérios do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (3,261 kg de maconha - fl. 1337).

Sobre o tema, entendo que definição do regime inicial de cumprimento de pena considera não só a pena quantificada, mas também as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e a reincidência, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Assim, cabe ao juiz sentenciante examinar os elementos específicos dos autos, de modo a estabelecer o regime adequado de acordo com os critérios legais.

No tocante aos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, os elementos descritos no art. 42, quais sejam natureza e quantidade da droga apreendida, também legitimam a aplicação de regime de cumprimento de pena mais severo.

Esse é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, "a existência de circunstância judicial negativa - quantidade de drogas apreendidas, que inclusive serviu para afastar a pena-base do mínimo legal, constitui fundamentação idônea, que possibilita o agravamento do regime, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas" (AgRg no HC n. 690.756/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 3/11/2021).

2 . Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 855.923/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 6/3/2024).

A propósito: AgRg no HC n. 832.428/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/8/2023; AgRg no HC n. 826.765/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 30/8/2023; AgRg no HC n. 796.686/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), DJe de 30/8/2023; e AgRg no HC n. 820.775/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 21/8/2023.

No caso concreto, verifico que a fixação do regime fechado se alinha à jurisprudência desta Corte Superior, tendo em vista que à recorrente foi fixada a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a exasperação da pena-base decorreu da

incidência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Além disso, restou sedimentado pelo Tribunal de origem que a recorrente se dedicava reiteradamente à prática de tráfico de drogas (fl. 1337). Dessa forma, correta a aplicação da Súmula n. 83, STJ.

Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0240529-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.182.818 /

SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00082170420198240008 50021347120208240000 50126047420198240008
50193920720198240008 82170420198240008

EM MESA

JULGADO: 19/03/2024
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : D C K
ADVOGADO : JEREMIAS FELSKY - SC005964
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : C R
CORRÉU : E D DA S
CORRÉU : G L B
CORRÉU : R M F H
CORRÉU : F S S

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial."

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

C5425245519101:1131551@ 2022/0240529-0 - AREsp 2182818