



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2410526 - SP
(2023/0248906-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOSE MOREIRA DA COSTA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APONTADA NULIDADE POR QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO APARELHO CELULAR DO RÉU. PROVA REQUERIDA PELO MP, QUE DESISTIU DA REALIZAÇÃO. PROVA NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme dispõe o art. 411, § 2º, do Código de Processo Penal, é facultado ao julgador indeferir, de forma fundamentada, o requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. É dizer, o deferimento de realização de diligências incumbe ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada.
2. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela não realização da perícia no aparelho celular do réu, havendo destacado que tratou-se de prova exclusivamente pretendida pelo Ministério Público, que desistiu da prova.
3. O Tribunal estadual registrou que os conteúdos do celular sequer foram analisados ou utilizados como prova para fundamentar a condenação do acusado.
4. Não é possível, nesta Corte Superior, infirmar as premissas assentadas

pelas instâncias ordinárias, consoante determina a Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2410526 - SP
(2023/0248906-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : JOSE MOREIRA DA COSTA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APONTADA NULIDADE POR QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO APARELHO CELULAR DO RÉU. PROVA REQUERIDA PELO MP, QUE DESISTIU DA REALIZAÇÃO. PROVA NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme dispõe o art. 411, § 2º, do Código de Processo Penal, é facultado ao julgador indeferir, de forma fundamentada, o requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. É dizer, o deferimento de realização de diligências incumbe ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada.
2. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela não realização da perícia no aparelho celular do réu, havendo destacado que tratou-se de prova exclusivamente pretendida pelo Ministério Público, que desistiu da prova.
3. O Tribunal estadual registrou que os conteúdos do celular sequer foram analisados ou utilizados como prova para fundamentar a condenação do acusado.
4. Não é possível, nesta Corte Superior, infirmar as premissas assentadas

pelas instâncias ordinárias, consoante determina a Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

JOSÉ MOREIRA DA COSTA agrava da decisão de minha relatoria (fls. 357-360), em que conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial e, por conseguinte, manteve sua condenação a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Reitera a defesa a necessidade de declaração da nulidade do feito por quebra da cadeia de custódia e realização de exame pericial no aparelho celular apreendido. Para tanto, afirma que "ainda que os conteúdos não tenham sido analisados e utilizados como prova para condenação, a nulidade deve se impor, especialmente em homenagem ao princípio da ampla defesa e pela obediência à cadeia de custódia" (fl. 366).

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja dado provimento ao recurso especial.

VOTO

Em que pese os argumentos aduzidos pela defesa, a decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

O Juiz de primeiro grau, em audiência, afastou o requerimento da defesa acerca da análise do celular do réu pelos seguintes fundamentos (fl. 189, grifei):

Quanto ao aparelho de telefone celular do acusado, consta sua apreensão do boletim de ocorrência e do documento de fls. 187. O Ministério Público, em sua cota de oferecimento da denúncia, fez referência ao aparelho celular do acusado à guisa de complementação de prova. Todavia, na peça acusatória, não há menção ao aludido celular. Como é sabido, o acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia. Logo, a prova a ser produzida há de recair sobre a narrativa fática da exordial. Agora, na fase de diligências, o Ministério Público, que havia requerido a prova

relacionada ao celular, desistiu de sua realização, ao que se opôs a douda Defesa. Contudo, ressalte-se que **a Defesa, em sede de defesa preliminar, nada requereu acerca do aparelho celular, tratando-se, assim, de prova exclusivamente pretendida pelo Ministério Público.** Nesse contexto, embora louvável a combatividade do doudo Patrono, agindo com a operosidade que lhe é peculiar, a hipótese é de homologação da desistência ministerial, mesmo porque, **na fase de diligências, cabe ao juízo a aferição da imprescindibilidade da providência pretendida.** E, no caso, **respeitado entendimento diverso, não se verifica a referida imprescindibilidade, pois, insista-se, a denúncia nada diz acerca do telefone celular do acusado.**

Na sentença condenatória, o Magistrado destacou que, "quanto à **indigitada nulidade pela alegada quebra de cadeia de custódia, relacionada à apreensão dos aparelhos celulares do acusado** e da testemunha arrolada pela Ministério Público, Giovane de Oliveira Soares, entendo, respeitado posicionamento diverso, **que restou prejudicada, ante a desistência, homologada por este Magistrado na audiência de instrução, da prova pericial referente ao conteúdo do aparelho celular do réu e a não menção de tais aparelhos na peça inicial acusatória. Bem por isso, não há que se falar em quebra da cadeia de custódia, pois nada envolvendo aparelho de celular é levado em conta na análise dos fatos em discussão**" (fl. 194, grifei).

O Tribunal de origem, ao manter a condenação do acusado, afastou a apontada nulidade do feito, conforme abaixo (fls. 282, grifei):

Como bem ressaltou o Parquet:

“Conforme consta nos autos, os aparelhos celulares apreendidos pertenciam ao apelante (fls. 02/04 e 187), não havendo indicativo de que algum deles era de propriedade da testemunha Giovane. Ademais, **houve autorização pelo juízo para acesso ao conteúdo dos aparelhos apreendidos, prova esta que foi objeto de desistência pelo Órgão do Ministério Público, titular da acusação e em que recaía o ônus probatório. Desse modo, ainda que tenha ocorrido qualquer irregularidade em relação à apreensão e perícia dos aparelhos telefônicos, em razão da aludida desistência, nada disso influenciou na apuração da verdade material**” (fls. 238/239).

E como bem ressaltou o Juízo a quo:

“(…) restou prejudicada, ante a desistência, homologada por este Magistrado na audiência de instrução, da prova pericial referente ao conteúdo do aparelho celular do réu e a não menção de tais aparelhos na peça inicial acusatória. Bem por isso, **não há que se**

falar em quebra da cadeia de custódia, pois nada envolvendo aparelho de celular é levado em conta na análise dos fatos em discussão” (fls. 193/194).

Aliás, insta anotar que, em função da regra genérica do artigo 563 do Código de Processo Penal, “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (“pas de nullité sans grief”), sendo ônus, pois, de quem alegá-la (seja a eiva relativa ou absoluta) demonstrá-la (art. 156 do mesmo Codex).

[...]

Portanto, tendo em vista que os conteúdos dos aparelhos de telefonia celular sequer foram analisados ou utilizados como prova para fundamentar a condenação do acusado, não se há falar em qualquer nulidade no caso concreto.

Conforme dispõe o art. 411, § 2º, do Código de Processo Penal, é facultado ao julgador indeferir, de forma fundamentada, o requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. É dizer, o deferimento de realização de diligências incumbe ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada.

Na hipótese, como já mencionado na decisão agravada, constato que as instâncias ordinárias concluíram, **motivadamente**, pela não realização da perícia no aparelho celular, havendo destacado que "a Defesa, em sede de defesa preliminar, nada requereu acerca do aparelho celular, tratando-se, assim, de prova exclusivamente pretendida pelo Ministério Público", que desistiu da prova.

Com efeito, o Tribunal estadual registrou que, "tendo em vista que os conteúdos dos aparelhos de telefonia celular sequer foram analisados ou utilizados como prova para fundamentar a condenação do acusado, não se há falar em qualquer nulidade no caso concreto" (fl. 284), o que afasta a plausibilidade do direito tido como violado.

Cumprе registrar, por oportuno, que não é possível, nesta Corte Superior, infirmar as premissas assentadas pelas instâncias ordinárias, consoante determina a Súmula n. 7 do STJ.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0248906-8

AgRg no
AREsp 2.410.526 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15007162220218260129

EM MESA

JULGADO: 27/08/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO VASCONCELOS JACOBINA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOSE MOREIRA DA COSTA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : JOSE MOREIRA DA COSTA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PERILO OLIVEIRA - SP127537
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.