



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2499408 - SP (2023/0412370-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : F H DE O M J
ADVOGADO : JADER GAUDÊNCIO DA SILVA FILHO - SP379146
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

Não foi possível substituir a variável

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 09 de agosto de 2024.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2499408 - SP (2023/0412370-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : F H DE O M J
ADVOGADO : JADER GAUDÊNCIO DA SILVA FILHO - SP379146
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF E SÚMULA 211/STJ. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI RÉU REINCENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA ACIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCENTE. PERDIMENTO DE BENS. UTILIZAÇÃO NO TRÁFICO. SÚMULA N. 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A tese de quebra da cadeia de custódia não foi analisada pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, atraindo a incidência das Súmulas n. 282/STF e 211/STJ.
2. A decisão que decretou a quebra do sigilo telefônico encontra-se devidamente fundamentada em elementos concretos autorizadores da medida, em observância à disciplina da Lei n. 9.296/1996, bem como às normas e aos princípios da Constituição Federal.
3. Como visto, as instâncias ordinárias ressaltaram que os requisitos da Lei n. 9.296/1996 foram devidamente respeitados, pois a interceptação telefônica foi autorizada devido (i) à realização de outras diligências pela autoridade policial que culminaram na identificação do acusado; (ii) à existência de indícios razoáveis de autoria do crime de tráfico de drogas; e (iii) à impossibilidade de obter as provas por outros meios. Por sua vez, a prorrogação também foi devidamente justificada na complexidade do caso concreto, sobretudo por se tratar de suposta organização criminosa voltada para o tráfico de drogas.
4. Não se constata, portanto, no presente caso, a alegada carência de fundamentação das medidas de interceptação telefônica, pois estão

lastreadas em suporte probatório prévio e especialmente na necessidade e utilidade da medida, nos termos da Lei n. 9.296/1996, as quais foram justificadas pelas instâncias ordinárias a fim de apurar crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, conforme apontado pelas instâncias ordinárias. Entender de forma contrária demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. Constatada a legalidade da interceptação telefônica, não há que se falar em desentranhamento das provas obtidas mediante cumprimento do mandado de busca e apreensão dela decorrente.

6. No caso, as instâncias ordinárias entenderam que, do caderno instrutório, emergiam elementos suficientemente idôneos de prova a corroborar a conclusão aposta no decreto condenatório pelo delito do art. 33 da Lei 11.343/2006, tendo em vista (i) a quantidade e variedade de drogas e a expressiva soma em dinheiro apreendidos, notadamente 8 microtubos contendo *crack*, com peso de 0,61g, 1 tablete de maconha, com peso de 21,62g e 1 tijolo de *crack*, com peso de 199,53g, além de R\$ 5.389,75 em espécie, 3 celulares e 2 motocicletas; e (ii) o conteúdo das conversas captas mediante interceptação telefônica, que demonstram a função do acusado como chefe da organização criminosa voltada para o tráfico de drogas. Para desconstituir essas conclusões e decidir pela desclassificação, como requer a defesa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

7. Não há nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado ao agravante, ante a ausência do primeiro requisito cumulativo exigido em Lei, que é a primariedade. Por oportuno, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto" (HC n. 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 11/9/2013). Desse modo, qualquer tipo de reincidência impede a aplicação do referido benefício.

8. No que tange ao regime de cumprimento de pena, em atenção ao art. 33, § 2º, do CP, embora estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o acusado é reincidente, fundamento a justificar a manutenção de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.

9. Por fim, as instâncias ordinárias concluíram que o réu se valeu do veículo e dos aparelhos celulares para a prática do crime e, conseqüentemente, decretou a sua perda em favor da União. Para se alcançar conclusão diversa, seria imprescindível o reexame do acervo fático-probatório amealhado aos autos, procedimento vedado em recurso especial, por força da Súmula n. 7 do STJ.

10. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto por F H DE O M J contra decisão desta relatoria que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial (e-STJ fls. 1.617/1.628).

Consta dos autos que o agravante foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fls. 668/677). Contra a referida sentença, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a Corte estadual negou provimento (e-STJ fls. 1.438/1.448).

Nas razões do presente recurso, a defesa alega que a tese de quebra da cadeia de custódia foi devidamente prequestionada, devendo ser examinada por esta Corte Superior. Sustenta que houve a quebra da cadeia de custódia, pois a defesa não teve acesso à integralidade do material probatório obtido mediante interceptação telefônica. Aduz a ilegalidade da interceptação telefônica, tendo em vista que o pedido formulado pela autoridade policial se baseou exclusivamente em fontes anônimas, não descrevendo as diligências realizadas. Assevera que, para a determinação da quebra do sigilo telefônico, deve haver indícios de autoria ou participação do recorrente nos crimes investigados, o que não se verifica no caso concreto. Argumenta que a inclusão de nova linha telefônica do recorrente e prorrogação do monitoramento não foi devidamente justificada.

Pondera que a medida de busca e apreensão foi baseada exclusivamente nas informações captadas na interceptação telefônica, devendo as provas ser desentranhadas do processo conforme a doutrina dos frutos da árvore envenenada. firma que é imperiosa a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, devido à falta de elementos aptos a caracterizar o crime de tráfico de drogas. Defende que, apesar de ostentar condenação transitada em julgado, o agravante faz jus à redutora do tráfico privilegiado por não se tratar de reincidente específico. Menciona que a pena-base do agravante foi fixada no mínimo legal, sendo necessária a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento de pena. Por fim, requer a restituição dos bens apreendidos.

Diante disso, requer a reconsideração da decisão agravada ou o julgamento do agravo regimental pelo órgão colegiado para dar provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece acolhida.

De início, a alegação de quebra da cadeia de custódia não foi analisada pela Corte de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, revelando a ausência de prequestionamento do matéria.

Como é cediço, "para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal" (AgRg no AREsp n. 454.427/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 19/2/2015).

Ademais, o prequestionamento "constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte" (AgRg no HC n. 413.921/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017).

Dessarte, não tendo o Tribunal de origem se manifestado sobre a apontada ofensa aos mencionados dispositivos legais, incide, na hipótese, o verbete n. 282 do Supremo Tribunal Federal, o qual disciplina ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

No mesmo diapasão, segundo a Súmula n. 211 do STJ, é "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo – Súmula n. 211 – STJ". (AgRg no EREsp n. 1.138.634/RS, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Corte Especial, DJe de 19/10/2010.) Confiram-se ainda os seguintes julgados: AgRg nos EREsp n. 554.089/MG, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ de 29/8/2005; AgInt no AREsp n. 1.264.021/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 1º/3/2019; AgInt no AREsp n. 953.171/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 23/8/2022; AgInt no AREsp n. 1.506.939/MS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 26/8/2022; AgRg no AREsp 1.647.409/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 1º/7/2020; AgRg no REsp n. 1.850.296/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 18/12/2020; AgRg no REsp n. 2.004.417/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 16/8/2022.

Nesse contexto, não é possível o exame do tema pelo Superior Tribunal de

Justiça, haja vista a manifesta ausência de prequestionamento da tese jurídica.

Com relação à nulidade das interceptações telefônicas, o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade das comunicações. A mesma norma ressalva 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.

Cuidando-se de norma que excepciona direito fundamental, estabelece o inciso II do art. 2º da Lei n. 9.296/1996 que não será admitida a interceptação telefônica se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, a denotar, assim, seu caráter subsidiário. Ademais, devem haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão.

No caso dos autos, o Juízo de primeiro grau afastou a nulidade da interceptação telefônica pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 669):

Preliminarmente, não há que se falar em nulidade da interceptação telefônica e a consequente ilegalidade do mandado de busca e apreensão domiciliar. Senão, vejamos.

O afastamento do sigilo telefônico, telemático e de dados dos aparelhos celulares somente foi determinado após diversas outras diligências que culminaram na identificação do acusado e porque havia indícios razoáveis de autoria do delito de tráfico de drogas, além das provas não poderem ser obtidas por outros meios, conforme bem delineado na representação da D. Autoridade Policial e no relatório de investigação de fls. 283/290 e 291/295, respectivamente.

Cumpre salientar que no início da fase investigatória, na maioria das vezes, não se tem ainda um quadro nítido sobre os acontecimentos, razão pela qual não se pode desprezar a realização da interceptação como importante prova para a persecução penal, sem prejuízo das demais provas.

Outrossim, não se pode esquecer que, no tocante ao tráfico de drogas, as pessoas são resistentes em fornecer informações e se identificar, com medo de represálias, bem como que o tráfico de drogas exerce forte vigilância nas proximidades dos pontos de venda, bem como locais onde as drogas se encontram escondidas, o que dificulta, sobremaneira, a campana nos referidos locais, restando demonstrada a necessidade da interceptação telefônica.

A renovação da interceptação telefônica por prazo superior ao previsto no art. 5º da Lei nº 9.296/96 se deu observando o princípio da razoabilidade e diante da comprovação da necessidade da medida para a investigação, em decisões fundamentadas (352/354, 401/403 e 460/462), mormente em virtude de se tratar de suposta organização criminoso voltada para o tráfico de drogas.

Esse entendimento foi ratificado posteriormente pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 1.440):

Não há se falar em nulidade das interceptações telefônicas.

Isso porque, referidas escutas foram realizadas com autorização judicial, cumprindo as formalidades constantes da Lei nº 9.296/96, não havendo

irregularidade a ser reconhecida.

De igual forma, as prorrogações das interceptações foram efetuadas com a devida autorização judicial, sendo deferida fundamentadamente pelo Juízo, não se vislumbrando qualquer ilegalidade, consoante decisão de fls. 314/316. Com efeito, tal providência se justifica quando necessária ao prosseguimento das investigações na fase pré-processual da informatio delicti, quando há suporte fático sobre a ocorrência de uma conduta penalmente relevante, pois é dever do Estado-Administração apurar os fatos que poderão legitimamente resultar numa lide penal, o que ocorreu no caso vertente. Ademais, a jurisprudência tem decidido que o prazo desta medida poderá ser prorrogado, tudo dependendo da necessidade de cada investigação.

Como visto, as instâncias ordinárias ressaltaram que os requisitos da Lei n. 9.296/1996 foram devidamente respeitados, pois a interceptação telefônica foi autorizada devido (i) à realização de outras diligências pela autoridade policial que culminaram na identificação do acusado; (ii) à existência de indícios razoáveis de autoria do crime de tráfico de drogas; e (iii) à impossibilidade de obter as provas por outros meios. Por sua vez, a prorrogação também foi devidamente justificada na complexidade do caso concreto, sobretudo por se tratar de suposta organização criminosa voltada para o tráfico de drogas.

Ademais, a decisão de quebra de sigilo telefônico não exige fundamentação exaustiva. Assim, pode o magistrado decretar a medida mediante fundamentação concisa e sucinta, desde que demonstre a existência dos requisitos autorizadores da interceptação telefônica.

Lado outro, esta Corte tem entendido ser desnecessário que a decisão que autoriza a quebra de sigilo telefônico efetue descrição detalhada da participação de cada um dos agentes na empreitada criminosa, mesmo porque tal situação só seria possível após a colheita da prova autorizada.

Não se constata, portanto, no presente caso, a alegada carência de fundamentação das medidas de interceptação telefônica, pois estão lastreadas em suporte probatório prévio e especialmente na necessidade e utilidade da medida, nos termos da Lei n. 9.296/1996, as quais foram justificadas pelas instâncias ordinárias a fim de apurar crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, conforme apontado pelas instâncias ordinárias. Entender de forma contrária demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

Constatada a legalidade da interceptação telefônica, não há que se falar em desentranhamento das provas obtidas mediante cumprimento do mandado de busca e apreensão dela decorrente.

A propósito, confira-se:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES NA PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO ACERVO PROBATÓRIO PRODUZIDO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA. ALEGADA INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É entendimento do STJ que a legalidade da ordem judicial que determina quebra de sigilo de dados telefônicos e informáticos estáticos relativos a dados pessoais e registros de conexão ou acesso a servidores, navegadores ou aplicativos de internet, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, desde que, presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, a decisão seja proferida por autoridade judicial competente, com fundamentação suficiente, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios mínimos que indiquem a configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.

2. No caso, a decisão que autorizou a interceptação telefônica bem como suas prorrogações encontra-se fundamentada em elementos concretos que revelavam indícios razoáveis de autoria. Assim, as interceptações telefônicas, pelo contexto delineado nos autos, mostraram ser medida necessária e imprescindível para revelar o modus operandi dos acusados que atuavam no esquema. A complexidade da atuação criminoso, por outro lado, ensejou as prorrogações sucessivas, como único meio de se esclarecer a existência dos crimes e o envolvimento dos vários agentes na ampla rede de tráfico de drogas.

3. Lado outro, esta Corte tem entendido ser desnecessário que a decisão que autoriza a quebra de sigilo telefônico efetue descrição detalhada da participação de cada um dos agentes na empreitada criminoso, mesmo porque tal situação só seria possível após a colheita da prova autorizada. 4. Vale gizar, outrossim, que [a] jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que, conquanto seja dispensável a transcrição integral dos diálogos interceptados, deve ser assegurado à Defesa o acesso à mídia que contém a gravação da integralidade daqueles. [...] (REsp n. 1.796.236/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022).

6. Não se constata, portanto, no presente caso, a alegada carência de fundamentação das medidas de interceptação telefônica, pois estão lastreadas em suporte probatório prévio e especialmente na necessidade e utilidade da medida, nos termos da Lei n. 9.296/1996, as quais foram justificadas pelas instâncias ordinárias a fim de apurar crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, conforme apontado pelas instâncias ordinárias. Entender de forma contrária demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes.

7. Ainda que fosse possível superar o referido óbice, cumpre frisar que não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência.

Vigora, portanto, o princípio pas de nullité sans grief, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal: nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Sendo de conhecimento que a condenação (ou eventual), por si só, não pode ser considerada como prejuízo, pois, para tanto, caberia ao recorrente

demonstrar que a nulidade apontada, acaso não tivesse ocorrido, ensejaria sua absolvição, situação que não se verifica os autos (AgRg no AREsp 1.637.411/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe 3/ 6/2020).

8. De mais a mais, nos termos da uníssona jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo (AgRg no AREsp 1741471/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021).

9. No presente caso, a defesa não logrou demonstrar prejuízo, não havendo, pois, falar em nulidade do ato impugnado.

10. A aptidão da denúncia é aferida a partir do conteúdo da descrição dos fatos delituosos, que deve apontar todas as circunstâncias que envolvem a prática da infração penal, individualizando e tipificando, na medida do possível, a conduta de cada um dos imputados. O objetivo de tal exigência é, de um lado, viabilizar a ação penal e, de outro, garantir o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, considerando que o réu deve elaborar a sua estratégia de resposta às acusações a partir dos fatos apresentados na exordial, sem necessidade de ater-se à capitulação jurídica atribuída pelo órgão acusador.

11. Importante destacar que apenas durante a instrução será propiciada às partes ampla produção probatória sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, então se poderá concluir pela condenação ou absolvição da recorrente.

12. No caso, segundo se extrai dos autos, a denúncia traz descrição da conduta delituosa perpetrada pelos agentes e das circunstâncias que envolvem a prática criminosa, permitindo o exercício das garantias constitucionais inerentes à persecução criminal.

Mostra-se, portanto, o acórdão recorrido em concordância com a jurisprudência do STJ.

13. Com efeito, a pretensão recursal não há de prosperar, uma vez que incidente na espécie a Súmula n. 83/STJ, de possível aplicação tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional.

14. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.176.259/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.)

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.

(AREsp n. 2.182.818/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 8/4/2024.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO ENIGMA. TRÁFICO DE DROGAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. TEMAS JÁ ENFRENTADOS EM HABEAS CORPUS CONEXO. PREJUDICIALIDADE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 7/STJ. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA APÓS DENÚNCIA ANÔNIMA. VALIDADE, QUANDO CONFIRMADA POR DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. DECISÕES DE DEFERIMENTO E PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO E DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PRÉVIA DISCRIMINAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DOS OBJETOS A SEREM APREENDIDOS. DESNECESSIDADE. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ART. 385 DO CPP. RECEPÇÃO PELA CR/1988. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA E ACÓRDÃO BEM MOTIVADOS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDA INCIDÊNCIA DE ATENUANTES. SÚMULA 231/STJ. MAJORANTE DO ART. 2º, § 2º, DA LEI 12.850/2013. QUANTIDADE E NATUREZA DAS ARMAS. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. PENA DE MULTA PROPORCIONAL À PRIVATIVA DE LIBERDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ficam prejudicados os argumentos recursais já enfrentados e rejeitados por esta Quinta Turma no julgamento do HC 493.104/PR.

2. Constatada na origem a internacionalidade do tráfico de drogas e a conexão dos atos do réu com aqueles investigados na Operação Enigma, a Súmula 7/STJ repele a tese de incompetência da Justiça Federal.

3. São válidas a abertura de inquérito e a interceptação telefônica deferida após denúncia anônima, quando realizadas pela autoridade policial diligências investigativas prévias para apurar a veracidade das informações recebidas.

4. As decisões que deferiram e prorrogaram a interceptação telefônica e a captação ambiental encontram-se devidamente fundamentadas.

5. Não há imposição legal de um número máximo de prorrogações da interceptação, que pode ser motivadamente renovada pelo magistrado.

6. A captação de conversa do agravante com corréu alvo da escuta ambiental, revelando sua participação no esquema criminoso, configura encontro fortuito de provas. Incidência do princípio da serendipidade.

7. O mandado de busca e apreensão não precisa individualizar quais objetos serão apreendidos na medida, até por ser impossível ao juiz conhecê-los de antemão.

8. Eventual descumprimento do princípio da identidade física do juiz não acarreta automaticamente a declaração de nulidade de atos processuais, pois tal medida exige a demonstração concreta de prejuízo à defesa 9. O art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição da República. Precedentes do STF e do STJ.

10. Detectada pelo TRF deficiência de fundamentação no capítulo da sentença relativo ao perdimento de bens, conforme suscitado pela defesa em

apelação, não configura reformatio in pejus - mas simples provimento parcial da apelação - a anulação da decisão singular no ponto, para que outra seja proferida.

11. As instâncias ordinárias concluíram, com profunda análise do vasto acervo probatório dos autos, que o agravante integrou a organização criminosa. Aplicação da Súmula 7/STJ.

12. A Súmula 231/STJ permanece plenamente aplicável, segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior.

13. Reconhecer que a participação do réu seria de menor importância esbarra na Súmula 7/STJ.

14. A quantidade e natureza das armas de fogo serve como parâmetro para modular a majorante do art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013.

15. A pena de multa seguiu rigorosamente o critério de fixação da pena reclusiva, com ela guardando proporcionalidade.

16. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.957.639/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022.)

Por sua vez, ao afastar o pedido de desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso de entorpecentes, assim se manifestou a Corte estadual (e-STJ fls. 1.444/1.446):

Consta dos autos que o apelante, ao tempo e local narrados na denúncia, trazia consigo e guardava, para entrega a consumo de terceiros, 8 (oito) microtubos contendo crack, com peso líquido de 0,61 g (seiscentos e dez miligramas), 1 (um) tablete de maconha, com peso líquido de 21,62 g (vinte e um gramas, seiscentos e vinte miligramas) e 1 (um) tijolo de crack, com peso líquido de 199,53 g (cento e noventa e nove gramas e quinhentos e trinta miligramas), substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

(...)

De fato, os depoimentos dos milicianos apresentam-se uniformes e incontroversos ao descreverem com riqueza de detalhes os fatos nos termos da incoativa. No mais, não se vislumbra nenhum motivo para incriminarem falsamente a recorrente.

Com efeito, a valoração do depoimento de policiais obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, pois seria um absurdo considerar-lhe a condição funcional como fator de inidoneidade.

(...)

É certo que o artigo 33, da Lei 11.343/06, retrata um tipo misto alternativo, isto é, quaisquer das condutas descritas no dispositivo legal caracterizam o crime em apreço.

Em razão disso, a conduta punível não é apenas vender ou expor à venda substância entorpecente, mas, também, trazer consigo, ter em depósito, guardar substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ademais, por ser crime de perigo abstrato, pune-se a conduta pelo risco que ela representa à saúde pública, não havendo a necessidade de prova da efetiva prática de ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, guarde ou mantenha em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Tendo em vista o conjunto probatório seguro e a existência de elementos indiciários de traficância como a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas, conclui-se que as substâncias tóxicas destinavam-se ao tráfico ilícito de drogas.

No caso, as instâncias ordinárias entenderam que, do caderno instrutório, emergiam elementos suficientemente idôneos de prova a corroborar a conclusão aposta no decreto condenatório pelo delito do art. 33 da Lei 11.343/2006, tendo em vista (i) a quantidade e variedade de drogas e a expressiva soma em dinheiro apreendidos, notadamente 8 microtubos contendo *crack*, com peso de 0,61g, 1 tablete de maconha, com peso de 21,62g e 1 tijolo de *crack*, com peso de 199,53g, além de R\$ 5.389,75 em espécie, 3 celulares e 2 motocicletas; e (ii) o conteúdo das conversas captas mediante interceptação telefônica, que demonstram a função do acusado como chefe da organização criminosa voltada para o tráfico de drogas. Para desconstituir essas conclusões e decidir pela desclassificação, como requer a defesa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE DROGAS. INGRESSO IRREGULAR NO DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. ENTRADA FRANQUEADA. SÚMULA N. 7 DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2. No caso concreto, o ingresso dos policiais na residência do recorrente foi autorizado e se deu após os policiais apreenderem um adolescente envolvido numa ocorrência de trânsito até a sua casa para buscar os documentos e informar algum responsável, momento em que visualizaram outra pessoa no interior da casa fazendo uso de crack.

3. Esclarecer eventuais controvérsias a respeito da autorização para o ingresso dos policiais no imóvel demandaria revolvimento aprofundado de provas, inviável na via do recurso especial.

Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

4. Tendo o TJSC, a partir das circunstâncias da prisão, concluído pela prática do crime de tráfico de drogas, o acolhimento da pretensão defensiva - desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei de Entorpecentes -, demandaria reexame de provas, medida incabível na via do recuso especial. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.491.346/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA O CRIME DE PORTE DESTINADO AO CONSUMO PESSOAL. RECLAMO QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TESE RECURSAL PREJUDICADA. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O pleito de desclassificação do delito de tráfico privilegiado para porte destinado ao consumo pessoal restou afastado pela Corte a quo em razão da quantidade e das circunstâncias em que os entorpecentes foram apreendidos, bem como com fundamento nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão dos ora agravantes acerca da dinâmica dos fatos.

1.1. Consignou, outrossim, que as declarações do réu contrastam com os demais elementos probatórios que instruem a ação penal e que a defesa não se desincumbiu do seu ônus de comprovar que as drogas seriam destinados ao consumo pessoal do ora agravante.

1.2. Nessa medida, a revisão deste entendimento encontra óbice na Súmula n. 7 desta Corte.

2. Agravo regimental conhecido e desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.441.372/TO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024.)

Sobre a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal *a quo* ponderou que (e-STJ fl. 1.447):

No mais, em se tratando de réu reincidente, não há que se falar em aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas.

Com efeito, não há nenhuma ilegalidade a ser sanada na negativa de reconhecimento do tráfico privilegiado ao agravante, ante a ausência do primeiro requisito cumulativo exigido em Lei, que é a primariedade.

Por oportuno, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto" (HC n. 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 11/9/2013). Desse modo, qualquer tipo de reincidência impede a aplicação do referido benefício.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, em atenção ao art. 33, § 2º, do CP, embora estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o acusado é reincidente, fundamento a justificar a manutenção de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.

Nesta perspectiva, é ver:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACUSADO

REINCIDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.
2. No presente caso, a Corte de origem consignou que o acusado ostenta condenação transitada em julgado configuradora da reincidência, não havendo qualquer ilegalidade no afastamento do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
3. Em atenção ao art. 33 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o réu é reincidente, fundamento a justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.
4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a análise da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
5. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AgRg no AREsp n. 1.988.006/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. NULIDADE. AÇÃO CONTROLADA SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MERA COLHEITA INICIAL DE PROVAS DO CRIME INVESTIGADO. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. DETRAÇÃO PENAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há se falar em nulidade pela configuração de ação controlada pela polícia, sem prévia autorização judicial, pois as instâncias anteriores ressaltaram que a hipótese em apreciação reflete mera observação e monitoramento da movimentação do suspeito, para permitir a constatação, com a devida segurança, da efetiva prática do crime de tráfico.
2. Inexiste obrigatoriedade de prévia autorização judicial para que a polícia investigue a ocorrência de condutas supostamente delitivas. Ademais, a análise quanto à eventual configuração de indevida ação controlada, a fim de modificar o entendimento da Corte de origem, demandaria revolvimento de material fático probatório dos autos, descabido na sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.
3. Devidamente fundamentada a condenação pelo crime de tráfico, a alteração do julgado, no sentido de desclassificar a conduta, tal como pleiteado pela Defesa, demandaria necessariamente nova análise dos elementos fáticos e probatórios dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 desta Corte.
4. A majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, quando se refere ao tráfico nas proximidades de hospitais e escolas, é de natureza objetiva, bastando a configuração da situação geográfica - como efetivamente ocorreu, no presente caso, ao que se colhe do acórdão.
Não se exige, portanto, que o sujeito ativo do delito almeje, especificamente, vender a droga aos frequentadores da instituição.
5. Estabelecida a sanção em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8

anos de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado, por se tratar de réu reincidente, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal.

6. Mostra-se irrelevante a detração do período de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o regime prisional mais gravoso foi estabelecido em virtude dos antecedentes e da reincidência do réu. Precedentes.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.194.622/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO CABÍVEL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme neste Superior Tribunal de Justiça - STJ a orientação jurisprudencial de que o reconhecimento da reincidência do réu é elemento suficiente para impedir a aplicação da aludida causa de diminuição, por ausência de preenchimento dos requisitos legais (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa), nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

2. Consolidado neste Pretório o entendimento de que embora o quantum da pena permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, o fato do paciente ser reincidente, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.862.582/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 10/6/2020.)

Por fim, o Juízo sentenciante, em decisão devidamente motivada, assim se manifestou para declarar a perda, em favor da União, dos bens apreendidos (e-STJ fl. 677):

Ademais, decreto a perda dos bens apreendidos, consistentes no numerário (depósito judicial de fls. 127/128), nos aparelhos celulares e nas motocicletas constantes no auto de exibição/apreensão de fls. 14/16, em favor da União, porque evidenciada a vinculação com o tráfico de drogas, bem como a destinação direta ao Funad/Senad, nos termos do artigo 63 da Lei de Drogas, oficiando-se, após o trânsito em julgado.

Assim, para concluir que os bens não possuem vinculação com a prática do crime de tráfico de drogas seria imprescindível o reexame do acervo fático-probatório amealhado aos autos, procedimento vedado em recurso especial, por força da Súmula n. 7 do STJ.

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

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0412370-2

AgRg no
AREsp 2.499.408 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042720920228260344 0004272092022826034400060102220228260509
00060102220228260509 15005557520218260593 182022 42720920228260344
4272092022826034400060102220228260509 60102220228260509

EM MESA

JULGADO: 06/08/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : F H DE O M J
ADVOGADO : JADER GAUDÊNCIO DA SILVA FILHO - SP379146
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 : F H DE O M J
ADVOGADO : JADER GAUDÊNCIO DA SILVA FILHO - SP379146
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.