



Recurso Especial Criminal nº 0017659-86.2016.8.19.0024

Recorrente: Leonardo Moreira Francisco

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, tempestivo, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição da República, interposto em face de acórdão proferido pela colenda 2ª Câmara Criminal, assim ementado (fls. 3.139/3.194):

“EMENTA. DIREITO PENAL. ARTIGO 35, CAPUT, C/C 40, IV E VI, TODOS DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO. ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 386, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL I. Caso em exame. Sentença que, julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar o ora segundo Apelante, Leonardo Moreira Francisco, vulgo “Curuca”, como incurso nas penas do artigo 35, caput, c/c 40, IV e VI, todos da Lei 11.343/06, nas penas de 8 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 1440 DM, absolvendo-o do crime do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, na forma do artigo 386, I, do Código de Processo Penal. II. Questão em discussão. II.1. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Condenação, também, pelo crime do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal (na redação da Lei 12.850/13) c/c artigo 8º, da Lei 8.072/90. II.2. APELO DEFENSIVO. II.2.1 Preliminares. II.2.1.1 Nulidade do depoimento do menor infrator A.L. de O., em sede policial. II.2.1.1 Nulidade da Decisão que autorizou a interceptação telefônica, porquanto ausente fundamentação idônea, não tendo sido realizada perícia G-4 para atestar se a pessoa interceptada era mesmo o Réu



Leonardo. II.2.1.3 Inépcia da Denúncia, eis que desatendido o disposto no artigo 41, do Código de Processo Penal. II.2.2 Mérito. Absolvição do artigo 35, da Lei 11.343/06, à falta de provas da estabilidade e permanência da conduta. III. Razões de decidir III.1. Preliminares. Rejeição III.1.1 Ausência de nulidade da oitiva do menor infrator A.L. de O., em sede policial. Ao introduzir, no artigo 155, do Código de Processo Penal, o advérbio “exclusivamente”, o legislador permitiu a utilização de provas realizadas na fase inquisitorial, as quais são perfeitamente admissíveis em nosso sistema jurídico penal como meio de comprovar o crime, a teor do artigo 239, do Código de Processo Penal, desde que confirmadas pelas provas produzidas posteriormente, na fase judicial, sob as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como no caso concreto. Precedentes Jurisprudenciais. Defesa que, poderia ter requerido a oitiva do adolescente na fase judicial, mas ficou-se inerte. III.1.2 Ausência de nulidade das interceptações telefônicas. Quebra dos sigilos telefônicos requerida, sobre o que o Ministério Público opinou favoravelmente e, após a Autoridade Policial aditar a Representação, o Juízo, em Decisão fundamentada, determinou “a interceptação das comunicações telefônicas e de dados e rastreamento do sinal audit, consoante a representação feita nos autos”, sendo certo que, em continuidade às investigações, a Autoridade Policial requereu a inclusão de novos terminais telefônicos no processo de interceptação, além da prorrogação das interceptações já deferidas, o que deferiu o Juízo, também em decisões G-5 fundamentadas, considerando a imprescindibilidade das diligências para o avanço das investigações, de modo a possibilitar a identificação dos



autores dos crimes e as consequentes prisões. A perícia para a identificação da voz captada nas interceptações telefônicas só é necessária, quando houver dúvida plausível que justifique medida, do que não cuidou o caso, não tendo a Defesa requerido a sua realização. Precedentes Jurisprudenciais. III.1.3 Inicial acusatória que preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, descrevendo conduta em tese tipificada em lei como criminosa, bem com suas circunstâncias, mesmo que de forma homogênea, cujo detalhamento é passível de ser apurado durante a instrução criminal, mas que se mostram suficientes ao exercício do direito de defesa, à consideração, inclusive, de que nessa fase processual prevalece o Princípio do in dubio pro societate, tendo imputado ao Réu, tarefas específicas relacionadas à associação para o tráfico ilícito de drogas, identificando a sua participação e atuação no grupo criminoso, descrevendo, também, a conduta relacionada ao tipo do artigo 288, do Código Penal. III.1.4 Não se vislumbra, no caso, tenha havido qualquer impedimento ao exercício do contraditório e da ampla defesa, cumprindo ponderar que, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a Acusação ou para Defesa, como prevê o artigo 563, do Código de Processo Penal, não tendo a Defesa, no caso concreto, cuidado de demonstrá-lo. III.2. Mérito. Impossibilidade de absolvição quanto ao crime do artigo 35, caput, c/c 40, IV e VI, ambos da Lei 11.343/06. Comprovada a existência de uma affectio societate entre o ora Apelante, com os Corréus, além de menores e terceiros ainda não identificados, para o comércio ilícito de drogas, consubstanciada na convergência de vontade de se unirem, de forma reiterada ou não, com tal finalidade, o que no caso concreto resultou devidamente demonstrado da





prova colhida. Incidência da Súmula 70, desse Tribunal de Justiça. III.3. Impossível a condenação do Réu, também, pelo crime de associação armada, como pretende o Ministério Público. A atuação criminosa do Réu e seus comparsas tinha como escopo, propiciar e garantir a prática do tráfico ilícito de drogas, em razão do que, correta a condenação pelo crime do artigo 35, da Lei 11.343/06, deixando sem amparo, o pedido acusatório, sob pena de se incorrer em bis in idem. III.4. Penas-base fixadas de forma satisfatoriamente fundamentada, com fulcro nas diretrizes elencadas no artigo 59, do Código Penal, não comportam reparo. III.5. Impossível a exclusão das causas de aumento do artigo 40, IV e VI, da Lei 11.343/06, porquanto a prova oral e as interceptações telefônicas levadas a efeito, dão conta de que a organização criminosa formada pelo Réu, Corréus e terceiros ainda não identificados, agia em comunhão de ações e desígnios, utilizando armamentos para a proteção da atividade criminosa voltada para o comércio ilícito de drogas, com um liame subjetivo entre todos, e envolvendo menores de idade, sendo certo que, quando a prática dos crimes previstos nos artigos 33 a 37, da Lei 11.343/06, envolve criança ou adolescente, configura-se a majorante descrita no artigo 40, VI, da Lei 11.343/06, não havendo necessidade da prova de que o menor foi corrompido pelo agente imputável. III.6. Embora a pena reclusiva finalizada permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, em especial a gravidade do crime em questão, no qual cada um dos integrantes da associação exerce um papel importante para o sucesso do nefasto comércio, impondo maior reprovabilidade da conduta, não sugerem o abrandamento do regime fechado fixado na Sentença, que se evidencia como o mais





adequado e que permitirá a devida ressocialização do Réu, dando-se, ainda, à sociedade, a devida resposta penal, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º do Código Penal. III.7. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena finalizada, superior a 4 anos de reclusão, e das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, não estando preenchidos, assim, os requisitos do artigo 44, deste diploma legal. IV. Dispositivo PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSOS DESPROVIDOS.”

O recorrente, em recurso especial, alega violação ao disposto nos artigos 33, 35, 37, 40 e 42, todos da Lei nº 11.343/06, artigos 155, 157, 189, 239, 386, 387 e 573, todos do Código de Processo Penal, e artigos 33, 44, 59, 68 e 77, estes do Código Penal, nos termos de fls. 3.247/3.280.

As contrarrazões ministeriais foram apresentadas às fls. 3.286/3.313.

É o relatório. Decido.

Para a modificação da conclusão a que chegou o Colegiado, conforme pretende o recorrente, seria necessário o reexame dos fatos e provas produzidos no processo, o que não é permitido às instâncias superiores, que atuam apreciando apenas questões de direito infraconstitucional e/ou constitucional. A jurisprudência é pacífica a respeito, impondo-se observar os verbetes nº 279 e 07, das Súmulas do STF e STJ, respectivamente, que vedam o reexame de fatos e/ou de provas.

Nesse sentido, a respeito do não acolhimento das teses defensivas, vejamos a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:





“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO QUE DEMANDA A ANÁLISE DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos elementos fáticos e probatórios constantes da ação penal na origem, entenderam estar devidamente demonstrada a autoria delitiva, ante a confissão informal do paciente (a qual foi reconhecida por esta Corte, na dosimetria da pena), bem como em razão da manifestação em juízo dos agentes penitenciários presentes quando da apreensão da droga.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que 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.**

3. Extrai-se dos autos que as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico de drogas pelo paciente. Diante desse quadro, aplica-se o entendimento segundo o qual o habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação, por negativa de autoria. **Precedentes.**

4. **Agravo regimental a que se nega provimento.”**

(AgRg no HC n. 914.659/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1/7/2024, DJe de 3/7/2024.)





“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA? STJ. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESNECESSIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias a fim de absolver o agravante pela prática criminosa descrita no art. 35 da Lei n. 11.343/06 demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ.

2. A mera associação permanente e estável é suficiente para configuração do delito do art. 35 da Lei Federal n. 11.343/06, independentemente da prática concomitante dos crimes descritos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei Federal n. 11.343/06, posto que a conduta do tipo penal é "associarem-se". Assim, por serem condutas autônomas, é possível a condenação pelo delito de associação para o tráfico, ainda que não haja imputação da prática do crime do art. 33, caput, da Lei Federal n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 1881562/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 10/12/2021)

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. PROVAS CAUTELARES E IRREPETÍVEIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 155 do CPP prescreve que "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente





nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

2. Não há falar, pois, em violação do mencionado artigo de lei, pela utilização exclusiva de relatórios policiais oriundos de depoimentos de policiais, uma vez que, para além destas evidências, foram produzidas provas cautelares e irrepetíveis, sujeitas ao contraditório diferido, como "os termos de apreensão, as imagens colhidas, os relatórios de constatação e os demais elementos de prova amealhados quando da prisão em flagrante dos réus", sendo todas válidas para a condenação do agravante. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 853.038/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024.)

A corroborar a inadmissibilidade do recurso:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE, PERMANÊNCIA E HABITUALIDADE. REQUISITOS PRESENTES PARA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DA CONCLUSÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ÓBICE DAS SÚMULAS N. 7/STJ E 289/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. In casu, as instâncias ordinárias consideraram que o acervo probatório é firme para subsidiar a condenação do agravante pelo delito de tráfico de drogas, especialmente a partir da prova oral produzida.

2. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de sorte a absolver a agravante pelo delito de tráfico de entorpecentes,





exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, conforme o disposto na Súmula n. 7/STJ. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a Corte estadual, ao concluir pela condenação do recorrente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, apontou elementos concretos constantes dos autos que, efetivamente, evidenciam a estabilidade e a permanência exigidas para a configuração de crime autônomo, de modo a autorizar a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas" (REsp n. 1.408.701/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015).

4. Portanto, demonstradas a estabilidade, a permanência, a habitualidade e a divisão de tarefas entre os membros do grupo, não há como absolver a agravante do delito de associação para o tráfico de entorpecentes.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp n. 2.438.376/SP, relator Ministro Antonio Saldaña Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023.)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. NÃO VERIFICAÇÃO. 2. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. EXISTÊNCIA DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. EMBASAMENTO EM PROVA ILÍCITA. NULIDADE QUE NÃO CONTAMINOU A DILIGÊNCIA. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. 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.

- Conforme destacado pelo Tribunal de origem, as interceptações se mostraram necessárias, uma vez que "os elementos de provas até agora coligidos sinalizam que DANILO e JAPA usam terceiros para guardar o entorpecente. É notória a dificuldade de encontrar pessoas que, tendo presenciado a prática de tráfico, estejam dispostas a testemunhar contra narcotraficantes". Concluiu-se, assim, que "tudo está a indicar que, neste momento, não há outros meios disponíveis para o aprofundamento das investigações que não a interceptação pleiteada".

2. "A alegada nulidade das interceptações por estarem fundadas, unicamente, na denúncia anônima, não comporta amparo, porquanto deflagradas, inicialmente, diligências pela polícia civil, que identificaram que o alvo da investigação praticava o crime de tráfico de drogas mediante contatos telefônicos, de modo a demonstrar a imprescindibilidade da medida". (AgRg no REsp n. 1.946.048/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 12/9/2023.) - Na hipótese dos autos, a Corte local concluiu que não se vislumbra falta de fundamentação ou fundamentação inidônea na decisão hostilizada, uma vez que "as diligências preliminares dão sustentação ao documento apócrifo, constatando-se a legalidade da medida, necessária para a completa elucidação dos fatos".

3. Quanto à alegação de que as interceptações se embasaram em diligência considerada ilícita pelo Superior Tribunal de Justiça, verifico que o Tribunal de origem assentou que referidas diligências "apenas demonstraram a verossimilhança da informação inicial, como salientado pelo Ministério Público no pedido da medida cautelar, sem contaminar os demais





elementos do acervo probatório. Vale ressaltar, as interceptações telefônicas não foram desencadeadas em virtude da prova tida como ilícita. Pelo contrário, conforme pedido de fls. 15/21, as primeiras interceptações foram autorizadas com relação as seguintes linhas telefônicas: (...).

- Dessa forma, tendo a Corte local assentado que as interceptações telefônicas não derivaram da diligência considerada ilícita, havendo indicação de outras linhas de investigação aptas a fundamentar a medida invasiva, não há se falar em nulidade, por derivação, das interceptações. Ademais, revela-se inviável, na via eleita, desconstituir as conclusões do Tribunal de origem, porquanto demandaria indevido revolvimento de fatos e provas, o que não é possível em habeas corpus.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no RHC n. 191.678/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024.)

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE AUTORIZOU A MEDIDA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A autorização para interceptação telefônica demanda ordem judicial fundamentada em elementos concretos que justifiquem sua necessidade, bem como afastem a possibilidade de obtenção das provas por outros meios, conforme a legislação de regência.

2. No caso, todos os requisitos e critérios legais foram observados, porquanto as instâncias ordinárias demonstraram cabalmente a imprescindibilidade da medida, ainda que





tivesse sido tomada ictu oculi, consubstanciado no fato de que o ora recorrente e outros corréus teriam estreito envolvimento para movimentação de quantidades consideráveis de entorpecentes.

3. "Decidindo o Tribunal a quo que a interceptação telefônica estava devidamente pautada por decisão judicial fundamentada e que restou evidenciada a imprescindibilidade da medida porque não havia outros meios disponíveis, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça, que não constitui instância revisora, alterar os pressupostos fáticos tomados no julgamento da causa para acolher alegações em sentido contrário." (AgRg no REsp n. 1.690.840/ES, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 29/6/2018.)

4. Por fim, consigne-se que a atuação de grupos criminosos organizados, por sua própria complexidade, demanda, não raro, a utilização do instituto da interceptação telefônica para o delineamento mais preciso das funções de cada um de seus membros, bem como para descobrir novas atividades em curso e proceder da forma adequada para a sua desarticulação.

5. Recurso ordinário desprovido."

(AgRg no RHC n. 183.085/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/4/2024, DJe de 19/4/2024.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. HABITUALIDADE DELITIVA EVIDENCIADA. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PEDIDO PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem





reconhecidamente primários, possuem bons antecedentes e não se dedicaram a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

2. In casu, a instância antecedente afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que as circunstâncias do delito e as provas colhidas nos autos, embora sejam insuficientes para comprovar a associação, denotam a habitualidade delitiva do paciente e dos corréus na prática do crime de tráfico de drogas, pois, além da quantidade, natureza e variedade dos entorpecentes - 49 porções de cocaína (56g), 62 porções de crack (28,7g) e 13 de maconha (44,4g) -, foram surpreendidos em ponto de venda de entorpecentes, atuando de forma coordenada e organizada no comércio espúrio. Portanto, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

3. Mantido o quantum da pena do paciente em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, inviável a fixação do regime aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal.

4. Não acolhido o pleito de redução penal, fica prejudicado o pedido de extinção da punibilidade.

5. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no HC n. 772.204/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 4/11/2022.)

“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. MODULAÇÃO DA MINORANTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. Caso em exame¹. Agravo regimental interposto contra decisão que deu parcial provimento ao recurso especial, mantendo a



modulação da minorante do tráfico privilegiado em 1/6, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas.

II. Questão em discussão². A questão em discussão consiste em saber se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem ser utilizadas para modular a fração do tráfico privilegiado na terceira fase da dosimetria da pena, sem violar o princípio do ne bis in idem.

3. Outra questão em discussão é a alegação de ausência de fundamentação para a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, em razão do envolvimento de menor na prática delitiva.

III. Razões de decidir⁴. A quantidade e a natureza das drogas podem ser utilizadas para modular a fração do tráfico privilegiado, desde que não tenham sido valoradas na primeira fase da dosimetria da pena, conforme entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte.

5. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade das instâncias ordinárias, cabendo revisão apenas em casos de flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade.

6. A aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, foi devidamente fundamentada pelo magistrado de primeira instância, com base na comprovação do envolvimento de menor na prática delitiva.

IV. Dispositivo e tese⁷. Agravo não provido.

Tese de julgamento: "1. A quantidade e a natureza das drogas podem ser utilizadas para modular a fração do tráfico privilegiado na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não tenham sido valoradas na primeira fase. 2. A dosimetria da pena é discricionária, cabendo revisão apenas em casos de flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade. 3. A aplicação da causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006, deve ser



fundamentada com base em elementos concretos do caso."

Dispositivos relevantes citados: Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º; art. 40, VI; Código Penal, art. 59. Jurisprudência relevante citada: STJ, Eresp 1.887.511/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09.06.2021; STF, ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.12.2015; STF, RHC 207256 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.12.2021."

(AgRg no REsp n. 1.977.793/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 10/12/2024, DJe de 20/12/2024.)

A leitura do acórdão impugnado revela que o entendimento adotado se encontra em harmonia com a orientação pacificada das instâncias superiores, não ensejando acesso às vias excepcionais, o que atrai a aplicação da Súmula 83 do STJ "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Além disso, a interposição do recurso especial pela alínea "c" exige a comprovação da alegada divergência jurisprudencial, cabendo colacionar os precedentes favoráveis à tese defendida, com a devida certidão ou cópia dos paradigmas, autenticada ou de repositório oficial, comparando analiticamente os acórdãos confrontados, nos termos previstos no artigo 1029, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil, e 255, §1º, do Regimento Interno do STJ.

E mais, à demonstração do dissídio jurisprudencial se impõe indispensável avaliar se as soluções encontradas pelo acórdão recorrido e pelos paradigmas selecionados teriam por base idênticas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias. E isso não foi feito pelo recorrente.



Neste sentido, vejamos a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. APELO NÃO CONHECIDO PELA DIVERGÊNCIA. COTEJO ANALÍTICO NÃO REALIZADO. LITISPENDÊNCIA. SÚMULA 7. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.

1. Não se revela cognoscível a interposição do apelo nobre com base na alínea "c", do art. 105, inciso III, da Carta Magna, quando a demonstração do dissídio interpretativo se restringe à mera transcrição de ementas. **Precedentes.**

2. O simples fato de os delitos de tráfico de drogas e associação serem crimes permanentes não impede a ocorrência de infrações independentes quando verificada a ausência de identidade dos fatos apurados. A análise acerca do bis in idem entre as ações penais, de modo a contrariar as conclusões das instâncias de origem, exigiria metucioso exame sobre seus elementos da ação (identidade de partes, dos fatos e da pretensão), o que é vedado na via recursal eleita por força da Súmula 7/STJ.

3. Se a decisão anterior rechaçou a pretensa nulidade da interceptação telefônica com base em dois fundamentos, limitando-se o agravante a impugnar um deles, é aplicável o óbice da Súmula 182/STJ.

4. Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.”

(AgRg no AREsp 1726275/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/03/2021, DJe 06/04/2021)



À conta de tais fundamentos, **DEIXO DE ADMITIR** o recurso especial interposto.

Publique-se.

Desembargadora **SUELY LOPES MAGALHÃES**
Segunda Vice-Presidente
(documento datado e assinado digitalmente)