

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 765.092 - SP (2015/0203775-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : MARCELO SAMPAIO PAIVA
AGRAVANTE : FREDSON SANTOS DO AMPARO
AGRAVANTE : JAIR ALMEIDA DOS SANTOS
AGRAVANTE : TYTO FLORES BRASIL
AGRAVANTE : PAULO DE FARIA JUNIOR
AGRAVANTE : PAULO HENRIQUE GALVAO SOARES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por TYTO FLORES BRASIL (fls. 9.916/9.922) em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa, na parte que interessa, é a seguinte (e-STJ fls. 9.428/9.432):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. "OPERAÇÃO CARGA PESADA" PRELIMINARES. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA PARCIALIDADE DO JUIZ. ABUSOS OCORRIDOS NA SEDE DA POLÍCIA FEDERAL. BIS IN IDEM EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO PELOS DELITOS DO ARTIGO 33 E 35 DA LEI 11.343/06. AFASTADAS. PEDIDO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE REDUZIDA. MOTIVO DE LUCRO FÁCIL. ELEMENTAR DO TIPO. NÃO PODE MAJORAR A PENA. MAJORANTES DA INTERNACIONALIDADE E POR PRATICAR O DELITO PREVALECENDO-SE DE FUNÇÃO PÚBLICA. APLICADAS. MAJORANTES DO USO DE TRANSPORTE PÚBLICO E USO DE ARMA. AFASTADAS. REGIME INICIAL FECHADO. MANTIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. INAPLICÁVEL. RECURSOS DAS DEFESAS DE EDSON, MARCELO, PAULO DE FARIA, CLAUDINEI, NICANOR, JAIR, PAULO HENRIQUE E FREDSON

PARCIALMENTE PROVIDOS PARA REDUZIR A PENA. AFASTADA A PENA DE PERDA DO VEÍCULO GOLF DE EDSON. RECURSO DE EDNILSON PROVIDO PARA ABSOLVÊ-LO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONDENAR TYTO FLORES PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

I - Não há que se falar em nulidade das interceptações telefônicas, pois foram judicialmente e legalmente autorizadas. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a interceptação telefônica pode ser prorrogada enquanto útil à colheita da prova, especialmente em caso complexo como o tratado nos presentes autos. Da mesma forma deve ser afastada a alegação de nulidade, em razão da ausência de transcrição integral dos diálogos gravados durante as investigações. Inviável providenciar a transcrição de horas e horas de conversação. A transcrição das interceptações telefônicas só se revela necessária quando a defesa impugnar algum trecho específico dos diálogos realizados, alegando falsidade ou emenda indevida, o que não é o caso dos autos.

II - O indeferimento de diligências, requeridas pela defesa, por falta de pertinência com circunstâncias ou fatos apurados na instrução processual, não configura cerceamento de defesa, nos termos do art. 402 do Código de Processo Penal. No sistema das nulidades pátrio, em que vigora o princípio pas de nullité san grief, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Na espécie, o apelante não aponta qualquer violação procedimental que implicasse prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa, restringindo-se a fazer insurgência genérica, no sentido de que o juiz teria indeferido todos os requerimentos feitos pela defesa. No tocante aos indeferimentos de expedições de ofícios, se deram em razão da discricionariedade regrada do magistrado, haja vista entender que as informações solicitadas podiam ser fornecidas pelos próprios requerentes. Além disso, não demonstrou, a defesa, a existência de qualquer prejuízo em razão do indeferimento de tais diligências.

III - Não prospera a alegação de denúncia genérica, porquanto a peça acusatória atendeu aos requisitos descritos no artigo 41 do Código de Processo Penal, contendo a exposição clara e objetiva dos fatos delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstanciais que lhes são inerentes, permitindo ao réu o exercício pleno do direito de defesa assegurado pela Constituição Federal.

IV - Não há que se falar em nulidade em razão da ausência de

intimação dos réus para a audiência de reinterrogatório do corréu Fabiano Rossi. De início, cumpre ressaltar que, de acordo com a sistemática do Código de Processo Penal, os réus são interrogados separadamente, fato que por si só demonstra que não procede a alegação da defesa. Ademais, os defensores de todos os corréus foram intimados e compareceram ao ato, podendo realizar as reperguntas e, ao final, se desejassem, requerer o reinterrogatório de seus clientes, não tendo havido qualquer prejuízo para a defesa dos demais réus.

V - A presença do advogado de defesa não é imprescindível no interrogatório policial, pois a fase inquisitorial do processo é meramente informativa. Além disso, é pacífico o entendimento de que eventual irregularidade durante o inquérito policial não contamina a ação penal.

VI - Não há que se falar em bis in idem, pois é pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, é autônomo em relação ao delito de tráfico de entorpecentes. Preliminares de nulidades afastadas.

VII - Prejudicado o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade, em razão do julgamento do presente recurso.

VIII - A materialidade do delito de tráfico está comprovada pela apreensão de 45,420Kg (quarenta e cinco quilos, quatrocentos e vinte gramas - massa bruta) de cocaína, conforme auto de apresentação e apreensão e laudo de exame em substância.

IX - Está comprovada a autoria delitiva do tráfico de drogas, no tocante aos apelantes Edson da Silva, Marcelo Sampaio Paiva, Nicanor Antônio Alves Scielzo, Claudinei Molino, Jair Almeida dos Santos, Paulo Henrique Galvão Soares e Paulo de Faria Júnior, pelas conversas telefônicas, interceptadas, pelo reinterrogatório do corréu Fabiano, bem como pelos depoimentos das testemunhas de acusação.

X - Da mesma forma, o conjunto probatório comprova a prática do delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 (associação para o tráfico de drogas) pelos réus Edson da Silva, Marcelo Sampaio Paiva, Nicanor Antonio Alves Scielzo, Claudinei Molino, Jair Almeida Santos, Paulo Henrique Galvão Soares e Paulo de Faria Junior e Fredson Santos do Amparo, além de Tyto Flores Brasil.

XI - Não existem provas, produzidas na fase judicial, que comprovem a efetiva participação de Ednilson na associação criminosa, denominada "Carga Pesada", além de se verificar que as conversas telefônicas interceptadas, das quais participava, ocorreram em fevereiro de 2008, o que revela que se referem a uma operação anterior, investigada pela polícia

federal, qual seja, a "FURA FILA", que deu causa à posterior investigação denominada "CARGA PESADA", conforme relatado pela testemunha de acusação, razão pela qual deve ser absolvido nesses autos, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

XII - O fato de já ter o apelante idade suficiente para entender o caráter ilícito da conduta deve ser levado em conta no momento da aferição de sua imputabilidade, e não para majorar a pena-base. A busca do lucro fácil é elemento inerente ao próprio tipo penal do delito de tráfico, razão pela qual não pode ser utilizado para majorar a pena do réu.

XIII - Não é suficiente que o crime de tráfico seja cometido com a utilização de transporte público para aplicar-se a causa de aumento do inc. III do art. 40 da Lei nº 11.343/06, necessário é que o delito tenha por destinatárias, como público consumidor, as pessoas dos recintos mencionados para a incidência da majorante. 3. Quando o transporte público é meio de cometimento do delito e não sua finalidade, não há falar em aplicar-se a majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

XIV - Pela simples leitura do art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06 ("se o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva") depreende-se que referida majorante não se aplica ao caso dos autos, tendo em vista que o modus operandi da organização criminosa não compreendia qualquer intimidação difusa ou coletiva, bem como que seus integrantes não se utilizavam de arma de fogo para praticar os delitos de tráfico de drogas. Pelo contrário, os funcionários do aeroporto praticavam o delito às escondidas, pois as condutas ilícitas que praticavam se confundiam com suas próprias atividades laborativas. Quanto a Felipe Guerra, Fabiano Rossi e Antonio Cesar, devem eventualmente responder pelos delitos previstos na Lei. 10.826/03, pelos quais não foram denunciados no presente processo.

XV - A causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, que prevê redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, não se aplica a nenhum dos apelantes, por estar claramente demonstrado nos autos que integram organização criminosa minuciosamente estruturada para a prática do tráfico internacional de entorpecentes.

XVI - Não há qualquer comprovação nos autos de que veículo Golf de Edson (descrito no auto de busca e apreensão de fls. 8115/8118) tenha sido utilizado para a prática do delito, ou que tenha sido adquirido com proventos ilícitos, razão pela qual deve

ser afastada a decretação da perda do referido veículo.

XVII - Não existe respaldo legal para aplicação do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena por previsão do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos. O regime inicial adequado, portanto, é o fechado, conforme alteração pela Lei 11.464/2007, mormente quando a ocorrência do fato delituoso é posterior a vigência da nova lei.

XVIII - Recursos de Edson da Silva, Marcelo Sampaio Paiva, Paulo de Faria Júnior, Claudinei Molino, Nicanor Antônio Alves Scielzo, Jair Almeida dos Santos, Paulo Henrique Galvão Soares e Fredson Santos do Amparo Soares, parcialmente providos para reduzir a pena aplicada.

XIX - Recurso de Ednilson Sampaio dos Santos provido para absolvê-lo, com fundamento no art. 386, V, do Código Processo Penal.

XX - Recurso do Ministério Público Federal parcialmente provido para condenar Tyto Flores Brasil como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

Interpostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 9.772/9.797 e 9.895/9.906).

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 e do art. 564, inciso IV, do CPP. Sustenta: (i) a absolvição do acusado, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos sua participação na organização criminosa; (ii) a aplicação do privilégio do artigo 33, §4º, da Lei n.11.343/2006, em seu patamar máximo, uma vez que o acusado não se dedica a atividade criminosa, nem integra organização criminosa.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 9.948/9.967), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 10.289/10.295), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 10.487/10.500).

É o relatório. **Decido.**

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O recurso não deve prosperar.

Primeiramente, o Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação e os dois embargos de declaração apresentados, consignou que não existe prova suficiente para a condenação do acusado pelo delito de tráfico internacional de entorpecentes, realizado no dia 4 de julho de 2008, mas que as provas dos autos demonstram, suficientemente, a prática do delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

Assim, alterar as conclusões consignadas no acórdão recorrido para decidir pela absolvição pela prática do crime de associação para o tráfico, como requer a parte recorrente exigiria a incursão no conjunto fático-probatório e nos elementos de convicção dos autos, o que não é possível nesta Corte Superior, segundo dispõe a Súmula n. 7/STJ.

Em relação a aplicação do benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que *a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa* (AgRg no AREsp n. 1035945/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018).

Nessa linha, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão impugnada foi clara ao evidenciar que: a) as

instâncias ordinárias concluíram pela presença dos elementos da estabilidade e da permanência a configurar o crime de associação ao tráfico de drogas, motivo pelo qual a alteração de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior; b) mantida a condenação pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, fica prejudicado o exame da possibilidade de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada.

3. Agravo regimental não provido. (AgInt no AREsp 1331577/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. INCOMPATIBILIDADE COM A ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Considerando a manutenção do decreto condenatório pela prática dos crimes tipificados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Isso porque a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da referida minorante, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito.

Habeas corpus não conhecido. (HC 431.101/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018)

[...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE.

1. "Nos termos do entendimento desta Corte, a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa" (REsp 1.626.399/RO, Relator Ministro NEFI CORDEIRO,

Superior Tribunal de Justiça

SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017).

2. *Agravo desprovido.* (AgRg no REsp 1690808/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018)

Assim, tendo sido o acusado condenado pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do RISTJ e na Súmula n. 568/STJ, **conheço** do agravo para **conhecer parcialmente** e, nessa parte, **negar provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator