

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.628.071 - SE (2019/0356939-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
AGRAVADO : LUCAS SOUZA BISPO DOS SANTOS
AGRAVADO : ALEXANDRE DE JESUS SANTOS
AGRAVADO : JOSE GILEIUSON DE JESUS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE contra a decisão do Tribunal estadual que não admitiu o recurso especial.

Consta dos autos que os agravados LUCAS e JOSÉ foram condenados às penas de 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no delito previsto no art. 288 do Código Penal, sendo que na mesma ocasião foi declarada extinta a punibilidade de ambos em razão do cumprimento total da pena.

Os demais agravados, por sua vez, foram absolvidos das imputações relativas aos delitos previstos no art. 35, c/c o art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006 e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inconformada, a acusação interpôs recurso de apelação perante à Corte de origem, a qual negou provimento à irresignação, mantendo todos os termos da sentença.

Contra a decisão foi apresentado recurso especial, com fulcro na alínea *a*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento na Súmula n. 7/STJ.

Na presente insurgência, alega o agravante que a pretensão recursal não demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório, mas tão somente sua reavaliação.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo e não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão objurgada, merece exame o inconformismo.

Nas razões do recurso especial, o *Parquet* estadual alega violação ao art. 35, c/c o art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, e art. 244-B do ECA, sob o argumento de que existiriam nos autos provas suficientes da materialidade e da autoria dos delitos previstos nos referidos dispositivos legais quanto a todos os agravados, de modo que a reclassificação das condutas dos agravados LUCAS e JOSÉ e a condenação dos demais seria de rigor.

Quanto ao ponto, para melhor elucidação da questão, importante transcrever as razões utilizadas pela Corte *a quo* para justificar a manutenção da sentença:

"1.1. PRIMEIRO APELADO - LUCAS SOUZA BISPO DOS SANTOS

O Apelado Lucas Souza Bispo dos Santos foi condenado

pela prática do crime previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, tendo em vista que as provas dos autos não foram suficientes para demonstrar que o acusado atuava na associação criminosa voltada para o tráfico de drogas, mas que apenas participava da referida organização para praticar outros crimes diversos do tráfico.

Em sede de apelação, a resentante do parquet sustenta que a conduta do apelado se enquadra no delito do art. 35 da Lei de Drogas sob a justificativa de que restou comprovada a participação do apelado Lucas Souza Bispo dos Santos no grupo de Márcio Louco, pois um dos policiais ouvido em juízo afirmou que o acusado guardava a droga, aduzindo que o testemunho de policiais são de grande importância, ainda mais quando responsáveis pelas investigações e prisões.

Com a devida vênia, discordo da representante do parquet e coaduno com o posicionamento da magistrada sentenciante, por entender que não existe razão para acolher a tese da configuração do crime de associação para o tráfico de drogas.

Ora, como bem afirmado na sentença, as provas dos autos que foram suficientes para comprovar a participação do apelado na associação criminosa de Márcio Louco, com finalidade de praticar diversos crimes, não foram capazes de demonstrar que atuava na agremiação para a prática do tráfico de drogas.

Isso porque as transcrições das conversas entre Larissa e o indivíduo conhecido como Máscara, realizadas no dia 18/05/2015, e entre Lele e Márcia no dia 17/03/2015, confirmam a participação do apelado na prática de crimes de roubo, sem que houvesse a citação da prática de tráfico de entorpecentes pelo apelado.

[...]

Além do mais, é certo que os depoimentos prestados pelos policiais são dotados de valor probante, contudo a citada afirmação do apelante de que um dos policiais narrou que Lucas guardava a droga de Márcio Louco, está dissociada com as demais provas encartadas dos autos, inclusive dos depoimentos do Delegado de Polícia Fábio Luiz Silva Pereira, do Policial Civil Claudivaldo Cirilo do Nascimento (ouvido em juízo em 27/06/2016, cita o envolvimento de Lucas aos 44'10" da mídia) e do Policial Civil Leandro dos Santos Rodrigues de Campos Júnior (ouvido na audiência do dia 27/09/2016, cita o envolvimento de Lucas na associação a 1h7min43s da mídia) que confirmam a participação de Lucas na associação criminosa de Márcio Faustino, contudo apenas

na prática de roubos, sem citarem o envolvimento do réu no tráfico de drogas.

Ainda, o apelante foi preso em 27/03/2015, junto com Márcio Faustino, Joan, Charles e o adolescente Pica-pau, pela prática dos crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, porte de arma de fogo de uso restrito e corrupção de menores, sendo, inclusive, condenado nos autos da Ação Penal nº. 201521900179.

Com efeito, o pleito condenatório com relação ao crime de associação para o tráfico, descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006, não se sustenta pela fragilidade da prova colhida, contudo, está suficientemente comprovada a participação na organização comandada por Márcio Faustino do apelado configurando a prática do crime de associação criminosa prevista no art. 288, parágrafo único, do CP, majorado pela associação ser armada e com participação de adolescente.

Importante frisar que o delito previsto no art. 288, CP, exige que a reunião não seja eventual ou pontual. É necessário que a união seja duradoura, o que está fartamente demonstrado pelo conjunto probatório. No presente caso, os associados praticaram diversos delitos ao longo do tempo, conforme relatado acima. Apesar ser dispensável que os crimes efetivamente ocorram para a configuração da figura típica do art. 288, CP, no presente caso, a ocorrência apenas confirma o animus associativo.

Sendo assim, manifesto que a conduta se enquadra na figura típica do art. 288, parágrafo único, CP, visto que praticavam os crimes munidos de armas de fogo e com participação de adolescentes, o que faz forçosa a manutenção da sentença fustigada.

Quanto ao requerimento do apelante na condenação do acusado também no delito de corrupção de menores, posto que a associação se utilizava de menores de idade nas práticas delitivas, vislumbro que a sentença irresignada foi fundamentada de forma correta, pois, a meu ver, a associação criminosa, em seu parágrafo único, já acrescenta a causa de aumento pela participação de crianças ou adolescentes, não podendo se falar em concurso com o crime de corrupção de menores, diante da mesma objetividade jurídica de proteção à moralidade da pessoa em desenvolvimento, devendo ser aplicado o princípio da especialidade.

[...]

Logo, diante das circunstâncias do fato, mantenho a condenação do réu Lucas Souza Bispo dos Santos na prática do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do

Código Penal.

[...]

1.2. SEGUNDO APELADO - JOSÉ CLEBISON VIEIRA DOS SANTOS

O Apelado José Clebison Vieira dos Santos foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, tendo em vista que as provas dos autos não foram suficientes para demonstrar que o acusado atuava na associação criminosa voltada para o tráfico de drogas, mas que demonstram que este tem forte inserção na agremiação criminosa responsável pela prática de assaltos, dentre outros delitos.

Em sede de apelação, a representante do parquet sustenta que a conduta do apelado se enquadra no delito do art. 35 da Lei de Drogas, contudo utiliza-se como justificativa a prisão do acusado no dia 25/02/2015, em razão de conduzir um veículo, fruto de assalto realizado um dia antes, gerando o processo 201520390155 em seu desfavor.

O próprio apelante ressalta que o apelado não traficava diretamente, mas fazia parte da associação, alegando que ele atuava ajudando no funcionamento da agremiação que era exclusivamente manter o tráfico de drogas no bairro Santa Maria.

Com a devida vênia, discordo da representante do parquet e coaduno com o posicionamento da magistrada sentenciante, por entender que não existe razão para acolher a tese da configuração do crime de associação para o tráfico de drogas com relação a este apelado.

Restou comprovado, inclusive pelos depoimentos dos policiais civis responsáveis pela investigação, que o grupo comandado pelo réu Márcio Faustino, praticava não só o tráfico de drogas, mas também diversos outros crimes, como por exemplo, roubos, homicídios, porte de arma de fogo e etc.

Ora, como bem afirmado na sentença, as provas dos autos apenas foram suficientes para comprovar a participação do apelado na associação criminosa de Márcio Louco, com finalidade de praticar diversos crimes, porém, não foram capazes de demonstrar que o apelado atuava na agremiação para a prática específica do tráfico de drogas. Com efeito, o pleito condenatório com relação ao crime de associação para o tráfico, descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006, não se sustenta pela fragilidade da prova colhida, contudo, está suficientemente comprovada a participação na organização comandada por Márcio Faustino do apelado configurando a prática do crime de associação criminosa prevista no art. 288, parágrafo

único, do CP, majorado pela associação ser armada e com participação de adolescente.

Importante frisar que o delito previsto no art. 288, CP, exige que a reunião não seja eventual ou pontual. É necessário que a união seja duradoura, o que está fartamente demonstrado pelo conjunto probatório. No presente caso, os associados praticaram diversos delitos ao longo do tempo, conforme relatado acima. Apesar ser dispensável que os crimes efetivamente ocorram para a configuração da figura típica do art. 288, CP, no presente caso a ocorrência apenas confirma o animus associativo.

Sendo assim, manifesto que a conduta se enquadra na figura típica do art. 288, parágrafo único, CP, visto que praticavam os crimes munidos de armas de fogo e com participação de adolescentes, o que faz forçosa a manutenção da sentença fustigada.

Quanto ao requerimento do apelante na condenação do acusado também no delito de corrupção de menores, posto que a associação se utilizava de menores de idade nas práticas delitivas, conforme já exposto acima, vislumbro que a sentença irresignada foi fundamentada de forma correta, pois, a meu ver, a associação criminosa, em seu parágrafo único, já acrescenta a causa de aumento pela participação de crianças ou adolescentes, não podendo se falar em concurso com o crime de corrupção de menores, diante da mesma objetividade jurídica de proteção à moralidade da pessoa em desenvolvimento, devendo ser aplicado o princípio da especialidade.

Logo, diante das circunstâncias do fato, mantenho a condenação do réu José Clebison Viera dos Santos na prática do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

1.3. TERCEIRA APELADA - CARLA LYSLE MOURA SANTOS

O Apelante sustenta que a absolvição aplicada pela Magistrada a quo na sentença vergastada não guarda estrita correspondência ao conjunto probatório existente nos autos, os quais atestam, a seu juízo, as práticas delitivas previstas nos artigos 35 e 40, IV, da Lei II.343/2006 c/c art. 244-B do ECA.

Sustenta que, segundo as investigações a apelada Carla fazia parte da organização criminosa junto ao seu esposo Wellington, e que seria morta pelo fato de traficar separada do grupo.

Não deve prosperar a indignação da representante do Ministério Público.

Com a devida vênia, discordo da representante do parquet e coaduno com o entendimento da magistrada

sentenciante, por entender que não existe razão para acolher a tese de existência de provas para condenação.

Ora, como bem afirmado na sentença, não há elementos seguros e convincentes de que a apelada também fazia parte da associação criminosa e praticava o tráfico, posto que a acusação se vale apenas das declarações prestadas pela ré Larissa em seu interrogatório diante da autoridade policial, às fls. 128, sobre uma ligação feita por Carla para fazer cobrança de dinheiro da venda de drogas a Márcio, o que, no máximo, seriam indícios de que coordenava a venda de entorpecentes no Bairro Bugio, sem que houvesse sido confirmadas pelo conjunto probatório.

Contrariamente às declarações da ré Larissa, a própria apelada Carla em seu interrogatório em juízo negou que tenha ligado para ela para fazer cobranças de entorpecentes ao réu Márcio, afirmando que o telefonema feito foi em razão da venda de lingerie e empréstimo de dinheiro a seu cunhado Márcio.

Da mesma forma, não resta comprovado que as ameaças sofridas por Carla de que seria executada por Anderson Neguinho a mando do seu ex-marido Wellington teria como motivo a prática de tráfico pela apelada separada do grupo.

Em seu interrogatório em juízo, Carla afirma que essas ameaças foram feitas em razão das proibições feitas ao seu ex-companheiro de fazer visitas ao filho que tem em comum, sendo confirmado por diálogo captado nas interceptações telefônicas conforme consta na sentença "PELÉ PERGUNTA A MÃE: 'CADÊ Adriano Galeguinho?' mãe responde: 'tá trabalhando'. Pelé fala: 'se Carla for pegar meus fios aí, diga a ele que pode matar ela. (ex vi fls., 742/744 do processo n.º. 201520400075).

[...]

Dessa forma faltando provas, ou existindo provas duvidosas de que a ré participara do grupo criminoso e praticara tráfico de drogas, impossível condenar a apelada como requer o Ministério Público.

[...]

1.4. QUARTO APELADO - ALEXANDRE DE JESUS SANTOS

O Apelante sustenta que a absolvição aplicada pela Magistrada a quo na sentença vergastada ao réu Alexandre de Jesus Santos não guarda estrita correspondência ao conjunto probatório existente nos autos, os quais atestam, a seu juízo, as práticas delitivas previstas nos artigos 35 e 40, IV, da Lei 11.343/2006 c/c art. 244-B do ECA.

Sustenta que, segundo as investigações o apelado Alexandre fazia parte da organização criminosa comandada por Márcio Louco, mas não pela prática do crime de tráfico, mas para a prática de diversos crimes com o único objetivo de manter a hegemonia da associação criminosa para a sustentação do comércio de entorpecentes.

Não deve prosperar a indignação da representante do Ministério Público.

Com a devida vênia, discordo da representante do parquet e coaduno com o entendimento da magistrada sentenciante, por entender que não existe razão para acolher a tese de existência de provas para condenação.

Ora, como bem afirmado na sentença, não há elementos seguros e convincentes de que o apelado também fazia parte da associação criminosa, posto que o fato de o réu ter passagens pelo sistema prisional e responde a outros processos criminais, não há provas de que esses delitos foram praticados em razão do que foi apurado na Ação Penal em epígrafe.

O apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar a participação do réu Alexandre nos crimes em análise, citando apenas conversas interceptadas pela autoridade policial que, não traz certeza para uma condenação.

Nas razões recursais, o Ministério Público colaciona conversas entre Júnior e Lucila sobre tiros desferidos contra Will, em que Júnior fala que pode ter sido Márcio ou Alexandre, e depois, ao trocarem informações sobre as características das vestimentas utilizadas pelo atirador, chegam a conclusão de que o autor dos disparos foi Marcinho, vejamos:

[...]

A acusação cita ainda outra conversa interceptada entre Doca e Clevinho, onde o apelado apenas é citado ao ser comparado com Marcinho, vejamos:

[...]

Dessa forma, como bem explicitado pela magistrada sentenciante, "tais diálogos, em si, não demonstram que tal crime foi praticado em favor da associação criminosa comandada por Márcio, ou que o réu Alexandre atuou em conjunto com alguns integrantes da agremiação delituosa em análise".

Assim, faltando provas ou existindo provas duvidosas de que o réu participara do grupo, impossível condenar o apelado Alexandre de Jesus Santos como requer o Ministério Público, impondo-se, portanto, a manutenção da absolvição do apelado quanto aos delitos imputados na denúncia em observância ao princípio do in dubio pro reo

e com fulcro no art. 386, VII do Código de Processo Penal." (e-STJ fl. 2934/2948)

Consoante a análise dos autos, infere-se que o Tribunal de origem, após percuciente reexame do delineamento fático e probatório coligido aos autos, constatou a inexistência de elementos suficientes para embasar o decreto condenatório, nos moldes do art. 35, c/c o art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006 e art. 244-B do ECA.

Dessa forma, desconstituir o julgado, pela alegação de que existiriam provas suficientes da materialidade e da autoria dos mencionados delitos, no intuito de abrigar o pleito acusatório de reclassificação das condutas e condenação, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias, incabível em sede de recurso especial, conforme já consolidado na Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO E FIXAÇÃO DO REGIME DIVERSO DO FECHADO. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS INATACADOS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO. SÚMULA Nº 283/STF. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar a condenação, a absolvição e a desclassificação, porquanto é vedado na via eleita o reexame de fatos e provas. Súmula nº 7/STJ.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1241298/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018, grifou-se)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STJ. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO PARA 1/6. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Quanto à condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, inafastável a incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Com efeito, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, no sentido de reconhecer que não há provas

Superior Tribunal de Justiça

nos autos da estabilidade e permanência entres os acusados, inevitável o reexame do conjunto probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

2. O Código Penal - CP não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição da pena pela incidência das circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao julgador fixar a fração necessária dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Desse modo, impõe-se, no caso vertente, o aumento da fração de redução de pena na segunda fase da dosimetria para 1/6.

3. Agravo regimental parcialmente provido, para reduzir a pena na segunda etapa em 1/6, pela incidência da atenuante da confissão espontânea.

(AgRg no REsp 1741133/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019, grifou-se)

Por tais razões, **conheço do agravo e não conheço do recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **determinando à coordenadoria de processamento de feitos de direito penal** a correção da autuação, para incluir CARLA LYSLE MOURA SANTOS como agravada e substituir o agravado JOSE GILEIUSON DE JESUS SANTOS por JOSÉ CLEBISON VIEIRA DOS SANTOS, conforme consta na petição do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 18 de março de 2020.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator