

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 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (e-STJ fls. 9.649/9.669) 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 complexos 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.

Nas razões do recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Sustenta que o simples uso de transporte público no tráfico de drogas basta para a incidência da causa de aumento do artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Busca apresentar dissídio jurisprudencial.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 9.939/9.946, 9.993/9.999, 10.022/10.031, 10.108/10.116, 10.122/10.128, 10.129/10.141 e 10.141/10.150), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 10.266/10.270), 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.

O Tribunal *a quo*, ao não aplicar o aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, consignou (e-STJ fls. 9407):

[...]

Entretanto, não deve incidir a causa de aumento decorrente do uso de transporte público (art. 40, inc. III, da Lei n. 11.343/06), no presente caso.

E certo que o apelante pretendia colocar a serviço de seu intento criminoso o uso de transporte público, ou seja, o avião com destino à África do Sul. Todavia, a mercadoria foi localizada logo que colocada dentro do avião e, ainda que não tivesse sido apreendida antes de o avião decolar, temos que não bastaria o mero uso do coletivo para que, de imediato, incidisse a majoração sob debate. Em circunstâncias como esta sob apuração, qual seja, onde o transporte do entorpecente ocorre de forma dissimulada, sem que exista a oferta do produto ilegal a outros passageiros, ou seja, quando o ato de fornecimento do entorpecente a terceiros não ocorre no contexto do universo dos usuários do transporte coletivo, tal majorante não é aplicável.

Uma rápida leitura do inc. III do art. 40 da L. no. 11.343/2006 deixa claro que todas as hipóteses fáticas lá elencadas estão ligadas ao local onde a traficância ocorre. O rol ali apresentado expõe uma série de localidades e/ou estabelecimentos públicos ou privados merecedores de especial proteção pela ordem jurídica nacional, seja porque são particularmente vulneráveis à ação da traficância, seja porque neles ou próximo a eles, os danos decorrentes da mesma ganham exacerbada relevância.

Fixadas tais premissas, resta evidente que em situações onde o transporte da droga ocorre de forma dissimulada e ignorada por todos os demais usuários do meio de transporte, evidencia-se que nenhuma daquelas razões de ser da norma agravante se apresenta, não havendo que se falar em exasperação da sanção penal.

[...]

Ora, tal posicionamento encontra-se em consonância com o entendimento do STJ.

Nota-se que esta Corte Superior harmonizou sua jurisprudência

ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 119.811/MS e HC n. 118.676/MS), no sentido de que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas não é suficiente para caracterizar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, que somente deve ser aplicada quando comprovada a efetiva comercialização do entorpecente no interior do veículo.

Abaixo, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n.

11.343/2006, que deve ser aplicada apenas quando constatada a efetiva intenção de comercialização da substância em seu interior. Ressalva de entendimento.

2. No caso em exame, a droga estava escondida no interior de um bote inflável levado no bagageiro do ônibus, motivo pelo qual não incide referida majorante.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1379010/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO EM MENOR EXTENSÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO OU OFERTA DO ENTORPECENTE NO TRANSPORTE PÚBLICO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO

PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O entendimento deste Superior Tribunal é de que, para a caracterização da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior do veículo público, não bastando, para a sua incidência, o só fato de o agente ter se utilizado dele como meio de locomoção e transporte da substância ilícita.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, bem como para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4º, da referida norma, resultando a pena definitiva do paciente em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa, mantido o regime fechado. (HC 455.652/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA DROGA NO INTERIOR DO VEÍCULO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem alinha-se à orientação jurisprudencial desta Corte Superior ao concluir que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas, sem a efetiva comercialização do entorpecente no interior do veículo, não caracteriza a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1591404/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III. NÃO

CONFIGURAÇÃO. EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DOS ENTORPECENTES NO LOCAL. NECESSIDADE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

[...]

2. O simples fato de a apreensão da droga ter ocorrido em transporte coletivo, não é suficiente para amparar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, sendo necessária a realização de prova no sentido da efetiva utilização do local para realização da prática criminosa, devidamente associada ao ânimo subjetivo do sujeito que nele atua com o fito de se aproveitar das condições favoráveis à mercancia, sob pena de se desvirtuar a mens legis, violando-se o princípio da individualização das penas. In casu, trata-se de tráfico interestadual de entorpecentes, sendo certo que o o meio de transporte era imprescindível à consecução do delito, sem que isso possa significar o comércio era realizado in loco.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (HC 347.078/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

Assim, mantenho o afastamento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

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 **negar provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator