

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 MARCELO SAMPAIO PAIVA (e-STJ fls. 10.193/10.202) 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 59 do CP e do artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Sustenta a redução das penas-base para o crime de tráfico e de associação para o tráfico, ao fundamento de que estas foram exasperadas muito acima do mínimo legal, com lastro na valoração desfavorável de apenas uma circunstância judicial, quantidade e qualidade da droga, em evidente afronta ao primado da proporcionalidade.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 10.245/10.260), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 10.306/10.313), 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 recorrente impetrou o HC n. 310.771/SP, no qual foram suscitadas as mesmas questões expostas no presente recurso, que não foi conhecido por ser manifestamente incabível. Abaixo, ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 20 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE ACORDO COM O PRIMADO DA PROPORCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que as penas-base do paciente afastaram-se o dobro do mínimo legal com lastro na elevada quantidade e na nocividade da droga apreendida, qual seja, quase 45kg de cocaína, argumento válido para tal fim, pois em consonância ao mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assenta justamente a preponderância da quantidade/nocividade da droga como circunstância judicial.

- Assim, em respeito à discricionariedade vinculada do julgador,

Superior Tribunal de Justiça

entendo que devem ser mantidas as penas-base aplicadas - 10 anos para o delito de tráfico; e 6 anos, para o de associação para o tráfico -, pois proporcionais à gravidade concreta dos crimes e à variação das penas abstratamente cominadas aos tipos penais violados, quais sejam, 5 a 15 anos e 3 a 10 anos de reclusão.

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 310.771/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016)

Nesse contexto, fica sem objeto o pedido contido no presente recurso especial.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XI, do RISTJ, **julgo prejudicado** o recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator