

**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 FREDSON SANTOS DO AMPARO (e-STJ fls. 9.480/9.494) em adversidade à decisão que inadmitiu recurso ordinário 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.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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.*

É o relatório que basta. **Decido.**

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

O recurso não merece conhecimento.

O art. 105, inciso II, da Constituição Federal, dispõe:

*Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:  
(...)*

*II -julgar, em recurso ordinário:*

*a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória:*

*b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão:*

*c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro. Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;"*

No presente caso, os autos não tratam de *habeas corpus*, mas sim de ação penal de procedimento ordinário. Assim, o que se verifica é que, após ter a sua apelação parcialmente provida, o acusado apresentou recurso ordinário, recurso este não cabível na hipótese.

Salienta-se que a interposição de recurso ordinário quando cabível o recurso especial, como ocorreu no caso em apreço, constitui equívoco inescusável e grosseiro, sendo impossível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes: AgRg no Ag 1434293/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 14/10/2019); AgRg no AREsp 1415312/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 03/09/2019; AgRg no RHC 106.359/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019; AgRg no RHC 109.761/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "a", parte final do RISTJ, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator