RECURSO ESPECIAL Nº 1.856.829 - RS (2020/0004659-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	ISAQUE AVILA SEVERO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRENTE	:	HIAGO PIRES GOULART
ADVOGADO	:	ESTELA LENZ E OUTRO(S) - RS087836
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento ao apelo defensivo, assim ementado:

> DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA. RECEPTAÇÃO. ARTIGO 180, § 1º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CONFISSÃO. MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DE PENA.
>
> 1. A conduta, consciente e voluntária, voltada para a prática do tráfico de drogas, enquadra-se no tipo do artigo 33 da Lei 11.343/06.
>
> 2. O crime de associação para o tráfico de drogas, por se tratar de crime formal, dispensa a ocorrência de resultado naturalístico, de sorte que a apreensão de substância entorpecente em poder do agente não é indispensável para a perfectibilização da associação para o tráfico.
>
> 3. As conversas travadas entre os criminosos e extraídas do celular de um dos réus ensejam, no caso, a convicção quanto à presença do vínculo estável e permanente do grupo que carcteriza a associação.
>
> 3. Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, bem assim o dolo dos agentes, sendo o fato típico, antijurídico e culpável e inexistindo causas excludentes, impõe-se a manutenção da condenação dos réus pelos crimes previstos nos artigos 33 e 35, *caput*, c/c o artigo 40, inciso I, todos da Lei 11.343/2006.
>
> 4. A utilização do veículo fruto de furto/roubo para transporte de entorpecentes, por si só, não comprova o dolo dos réus, à míngua de outros elementos de prova.
>
> 5. Quantidade da droga foi corretamente destacada, no crime de trá?co, sendo quantidade expressiva a justificar a majoração da pena, também no crime de associação para o tráfico.
>
> 6. Não aplicável a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 porque todos os réus integraram associação criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas.
>
> 7. As afirmações duvidosas e controversas do réu em nada colaboraram para corroborar o acervo fático-probatório, não incidindo a atenuante de confissão.
>
> 8. O regime inicial de cumprimento de pena é determinado nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do CP.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

Sustenta a defesa de Isaque a violação do art. 71 do CP, postulando a redução da pena com o reconhecimento da continuidade delitiva.

Nas razões recursais de Hiago, aduz a ofensa ao art. 33, 4º, e 35, ambos da Lei 11.343/06 e art. 65, III, *d*, do CP.

Alega que faz jus à minorante do tráfico.

Assevera a existência da atenuante da confissão espontânea.

Menciona a falta de provas do dolo para a configuração do crime de associação para o tráfico.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja redimensionada a sanção.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, interpostos dois recursos pelas mesmas partes (fls. 832/845 e 869/882 e contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força dos princípios da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa.

Quanto ao pleito absolutório, o acórdão recorrido assim referiu (fls. 816/81):

> 3. Autoria e materialidade. Crime previsto no artigo 35, caput, c/c artigo 40, I da Lei nº 11.343/06. Os réus foram condenados pelo crime de associação para o tráfico de drogas. A defesa dos réus arguiu não haver prova de vinculo associativo entre os acusados, com estabilidade e permanência.
> Sem razão a defesa.
> Para a incidência do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, é necessária a comprovação do elemento subjetivo de animus associativo e dos elementos objetivos, quais sejam estabilidade e permanência. O vínculo associativo entre os réus resta evidenciado, pois os réus moram em endereços próximos na cidade de Sapucaia do Sul/RS e as informações extraídas do celular de Isaque apontam para o envolvimento dos réus em eventos de traficância prévia, não se limitando a um tráfico eventual.
> Consta do relatório, referente à análise do conteúdo do aparelho celular apreendido com Isaque:
>
> > "b.4) Diálogos relevantes extraídos do aplicativo WhatsApp:
> > b.4.1) Dia 07/12/2017 e seguinte - ISAQUE ÁVILA SEVERO e pessoa identificada como LUAN Em dialogo no aplicativo WhatsApp do dia 07/12/2017, a partir das 15:24 min, o usurário do terminal 55518598595Q@s.whatsapp.net - ISAQUE SEVERO - estabelece conversação com o usuário 555199028230 - LUAN - Não identificado. ISAQUE está em Guaíra/PR aguardando o momento para retornar ao

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

estado do Rio Grande do Sul batendo a carga de 38 kg de maconha.
Ao longo da conversação. ISAQUE se oferece para continuar trabalhando com LUAN, inclusive se for para fazer "outras caminhadas" e também trazer contrabando no ônibus. LUAN diz que vão trabalhar sim e que é bom saber pois esses dias precisou ou vai precisar de alguém para buscar duas pistolas. ISAQUE diz que pode fazer o trabalho e diz que anda sempre bem arrumado e nunca foi revistado.
ISAQUE procura saber a que horas vão estar liberados para retornar e LUAN diz que vai ser amanhã e que ainda vão ver qual é a melhor hora. LUAN pede para ter cuidado com os telefones.
No dia 08/12/2017, LUAN procura TAUÃ junto com ISAQUE,mas este responde que TAUÃ saiu junto com EDICLEI e HIAGO. LUAN diz que falou com eles agora e ISAQUE quer saber como é que estão as coisas. LUAN diz que está tudo certo, agradecendo à Deus.
b.4.2) Dia 08/12/2017 - ISAQUE ÁVILA SEVERO e EDICLEI, pessoa não identificada do número paraguaio 595981950768® Os excertos dos diálogos abaixo comprovam de forma irrefutável, que ISAQUE, HIAGO e TAUA estiveram juntos em Guaíra/PR, acompanhados EDICLEI e LUAN, pessoas não identificadas, mas que constam como contatos no telefone de ISAQUE. EDICLEI possui telefone com numeração paraguaia 595981950768@Sxwhatsapp.net e deve ser o contato na região de Guaíra/PR.
b.4.3) Dia 08/12/2017 - ISAQUE ÁVILA SEVERO e TAUÃ ELISEU DA SILVA POLSTER Em diálogo no aplicativo WhatsApp do dia 08/12/20117, a p partir das 10:56 min. o usurário do terminal 555185985950(5)s.whatsapp.net - ISAQUE AVILASEVERO - estabelece conversação com o usuário 555197834707(q)s.whatsapp.net - TAUÀ 14 - TAUA WILLIAM ELISEU DA SILVA POLSTER - procurando saber de sua localização e se já estão liberados para seguir viagem, informa a TAUÃ que já comprou o "cauto" (cigarro Carlton) que TAUÃ havia solicitado. TAUÀ pede que suas coisas sejam recolhidas junto com as de LUAN - pessoa não identi?cada no curso da investigação. Na seqüência, TAUÀ informa que já estão quase prontos para seguir viagem - 08/12/2017 18:24:31(UTC-3) "Eles vão ai te buscar já pra nos saltar." Aos 08/12/2017 18:26:00(UTC-3) - TAUÃ diz que "Tamo esperando atravessa o.verde"- A expressão "atravessa o.verde", no jargão do trá?co refere-se a realizar a passagem de maconha pela fronteira.
Não custa lembrar que TAUÀ. ISAQUE e HIAGO foram presos transportando 38 kg de maconha na região de Lajeado/RS, no dia 10/12/2017. Certamente o "verde" a que se referia TAUÃ na conversação são os 38 kg de maconha que transportavam na ocasião.
TAUÀ fala em repassar mais R$ 1.500,00 para ISAQUE tendo em vista a demora na concretização da negociação da partida de drogas em que estão envolvidos. TAUÃ diz que é necessário ter calma e paciência **"nessas caminhadas"** e ISAQUE diz que está tudo tranqüilo.

A estabilidade e permanência também restam evidenciadas, pois os diálogos evidenciam participação em outros eventos criminosos, através da referência a "outras caminhadas". Mesmo não havendo provas cabais

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

> da participação em outros crimes de tráfico, evidenciado que a associação criminosa objetivava o cometimento de outros crimes de tráfico, estendendo-se no tempo. As informações apontam para a associação criminosa com nítida divisão de tarefas, sendo participantes os réus, além de Luan e Ediclei, pessoas não identificadas, sendo que Ediclei possui número de telefone paraguaio, sendo o intermediário da associação criminosa na região fronteiriça ao Paraguai. O contato com pessoa próxima ao Paraguai é evidência forte de que a intenção dos réus era realizar transporte de entorpecentes de forma seguida e reiterada.
> Comprovado o *animus* associativo específico e duradouro, a condenação dos réus pelo crime de associação é medida que se impõe.

No caso, verifica-se que os recorrentes foram condenados pelo crime de associação criminosa, pois, segundo consta do acórdão recorrido, houve a demonstração da estabilidade e permanência da organização.

Sendo assim, o exame da existência de elementos de fato e de direito para a alegada falta de provas, a partir dos fundamentos deduzidos na origem, demanda unicamente o cotejo do acervo probatório, sendo certo que, para se chegar à conclusão diversa das instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. *IN DUBIO PRO REO*. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NEGATIVA DISSOCIADA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> **I - Dissentir do Tribunal a quo, quanto à autoria e à materialidade do delito, sob alegação de insuficiência de provas, demandaria o revolvimento do acervo fático e probatório dos autos, procedimento inadmissível na instância especial, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.**
> II - [...]
> Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no REsp 1620802/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018.)

No tocante à confissão pelo crime de tráfico, o Tribunal de origem assim referiu (fls. 812 e 829):

> No caso, as testemunhas de defesa apenas abonaram a conduta dos réus, pouco esclarecendo sobre o fato em questão. Os interrogatórios dos réus, prestados em juízo, são eivados de imprecisões e incoerências. Bem relatou o juízo *a quo*:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

> **Em juízo, HIAGO reconheceu a autoria delitiva quanto ao tráfico de drogas, declarando que foi contratado para buscar mercadorias no Paraná, somente depois descobriu que se tratava de maconha e que o carro que conduzia era roubado**. Negou conhecer os demais réus. O réu TAUÃ negou autoria dos delitos, assim como fez ISAQUE que, inclusive, mudou a versão inicialmente apresentada.
>
> [...]
>
> **b) confissão. O réu Hiago referiu em seu depoimento que só descobriu que estava transportando entorpecentes no momento da abordagem policial.** Considerando que a prova é suficiente para concluir que o réu sabia da existência da droga, entendo que tal afirmação não é confissão, nem mesmo parcial. As afirmações duvidosas e controversas do réu em nada colaboraram para corroborar o acervo fático-probatório, não incidindo a atenuante.

A jurisprudência desta Corte é firme no que diz respeito à incidência da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, judicial ou extrajudicial, total ou parcial, bastando que tenha servido para embasar a condenação, como na espécie.

Destaca-se que, segundo se extrai, do acórdão recorrido, ***em juízo, HIAGO reconheceu a autoria delitiva quanto ao tráfico de drogas,*** *declarando que foi contratado para buscar mercadorias no Paraná, somente depois descobriu que se tratava de maconha e que o carro que conduzia era roubado,* motivo pelo qual cabível a aludida atenuante.

Vale ressaltar, inclusive, a Súmula 545/STJ, segundo a qual, quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. . Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> **1. Se a confissão do réu foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.**
>
> 2. No julgamento do REsp 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

> 3. O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.
> 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas, na primeira e na segunda fase da dosimetria, alcançando o quantum final do paciente 4 anos de reclusão mais 10 dias-multa. (HC 340.864/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016.)

Quanto à minorante do tráfico, ficou assentado no acórdão impugnado a seguinte motivação (fl. 829):

> c) minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006. Para que a referida causa de diminuição seja aplicada, faz-se necessário que o agente seja primário, de bons antecedentes, e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. O legislador objetivou possibilitar a redução de pena para aquele considerado como pequeno traficante eventual, ou seja, que não faz do crime seu meio de vida. Os requisitos são cumulativos, e, na ausência de um deles, afasta-se a incidência do dispositivo.
> No caso concreto, **o poderio econômico envolvido, a natureza e a forma como a droga foi transportada são elementos que demonstram considerável organização dos envolvidos e capacidade financeira**, pelo que entendo inaplicável a causa de diminuição ao caso concreto.
> **Some-se a isso que todos os réus integraram associação criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas, sendo condenados pelo crime do artigo 35 da Lei nº 11.343/06, descumprindo os requisitos previstos no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06**.

Não há que se falar na incidência do tipo penal previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na medida em que para afastar a conclusão das instâncias ordinárias, para fins de aplicação da minorante do tráfico, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

Além disso, os recorrentes foram condenados também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, o que justifica, por si só, o afastamento das benesses do tráfico, nos termos do entendimento desta Corte, na medida em que evidenciada a dedicação à atividade criminosa e/ou participação em organização criminosa. Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. RÉU POLICIAL MILITAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

> CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PLEITO PREJUDICADO. NÃO ALTERAÇÃO DO QUANTUM DA PENA. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
>
> 2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Na hipótese, verifico que o incremento da pena-base dos delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes decorrente da negativação da vetorial da culpabilidade, está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, porquanto está fundamentado na maior reprovabilidade da conduta do paciente de ostentar a condição de policial militar, sendo ressaltado pelo Tribunal de origem que "o acusado, mercê de sua condição de agente público, tinha por missão velar pela correta aplicação da lei, reprimindo as ações criminosas, de sorte que seu comportamento deu-se em sentido oposto, o que, sem dúvida, aumenta a reprovabilidade das condutas" (fl. 78). Precedentes.
>
> **3. 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.**
>
> 4. Não havendo alteração no *quantum* da pena, o pleito quanto ao regime prisional encontra-se prejudicado, haja vista que a pena total fixada é superior a 8 anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal).
>
> 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 477.712/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019).

Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo no ponto o óbice contido na Súmula 83/STJ.

Desse modo, reconhecida a confissão de Hiago apenas pelo crime de tráfico de drogas, reduzo proporcionalmente à sanção para 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa.

Evidenciado na origem o concurso material com o delito de associação

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6

criminosa, torna-se definitiva a reprimenda em 9 anos, 10 meses e 3 dias de reclusão e o pagamento de 1354 dias-multa, ficando mantido o regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do CP.

No que tange à continuidade delitiva, suscitada por Isaque, o pleito não merece ser conhecido, tendo em vista que a questão não foi apreciada pelo Tribunal *a quo* nem foram manejados embargos de declaração para suprir a omissão, ressentindo-se do indispensável requisito do prequestionamento.

Incide, à espécie, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis, por analogia, respectivamente: É *inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*; e *O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*

Ante o exposto, não conheço dos recursos de fls. 869/882 e 854/865 e dou parcial provimento ao recurso especial de fls. 832/845 para reduzir a pena de HIAGO PIRES GOULART para 9 anos, 10 meses e 3 dias de reclusão e o pagamento de 1354 dias-multa, mantido o regime fechado.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6EBA48EE-8F16-4A58-A15A-B85B12DB8EA6