



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.527 - SP (2017/0133582-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SALOMAO ABE
ADVOGADO : SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR WONCHARTE FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. APLICABILIDADE. SÚMULA 545/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, *in casu*, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
3. A Jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", quando a confissão do acusado, ainda que retratada ou parcial, seja utilizada para fundamentar a sua condenação, como ocorreu no caso em apreço (Súmula 545 do STJ).
4. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação do agente à atividade criminosa. Precedentes.
5. Aplicada a regra do concurso material e somadas as reprimendas impostas para os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, revela-se correto o regime fechado para o cumprimento inicial da pena superior a 8 anos de reclusão, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, redimensionando a sanção final para 13 anos, 4 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 2.083 dias-multa, mantido o modo fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.527 - SP (2017/0133582-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SALOMAO ABE
ADVOGADO : SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR WONCHARTE FILHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de **OSCAR WONCHARTE FILHO**, em que aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenando à pena de 8 anos de reclusão e ao pagamento de 800 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e acolheu o ministerial para reconhecer a causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas e para condenar o paciente pela prática do delito previsto no art. 35 da referida norma, totalizando a reprimenda definitiva em 14 anos, 11 meses e 6 dias de reclusão, mais pagamento de 2.239 dias-multa.

Neste *writ*, sustenta o impetrante a ausência de provas nos autos da estabilidade e permanência necessárias à configuração do delito de associação para o tráfico. Alega ter o Juízo de primeiro grau fundamentado a condenação na confissão do paciente, sobretudo em relação ao tráfico interestadual, devendo ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, "d" do Código Penal.

Aduz que o acusado faz jus ao redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois restou demonstrado que não integra organização criminosa, pois agiu na condição de "mula" do tráfico. Destaca ter sido a quantidade e a natureza sopesada em outras etapas do cálculo penal, caracterizando *bis in idem* a sua utilização como fundamento para afastar a benesse.

Por fim, salienta a possibilidade de fixação do regime mais brando, em decorrência do abrandamento da pena.

Requer, assim, a absolvição do delito do art. 35 da Lei de Drogas, a aplicação da atenuante de confissão espontânea em 1/6 e do redutor do tráfico privilegiado na fração máxima, bem como a fixação do regime aberto ou semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 48-49).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 57-58, 84-85 e 132-183).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 114-122).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.527 - SP (2017/0133582-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SALOMAO ABE
ADVOGADO : SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR WONCHARTE FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. APLICABILIDADE. SÚMULA 545/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, *in casu*, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
3. A Jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", quando a confissão do acusado, ainda que retratada ou parcial, seja utilizada para fundamentar a sua condenação, como ocorreu no caso em apreço (Súmula 545 do STJ).
4. A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação do agente à atividade criminosa. Precedentes.
5. Aplicada a regra do concurso material e somadas as reprimendas impostas para os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, revela-se correto o regime fechado para o cumprimento inicial da pena superior a 8 anos de reclusão, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, redimensionando a sanção final para 13 anos, 4 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 2.083 dias-multa, mantido o modo fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo da acusação, condenou o paciente pelo delito de associação para o tráfico, em decisão assim motivada:

"No mais, os acusados foram denunciados por tráfico interestadual e associação para esse fim porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, previamente associados para o fim de praticarem o tráfico ilícito de entorpecentes, adquiriram, transportaram e guardaram cerca de 317,85 quilos de cocaína, embalados em formato de tabletes, substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Reza a inicial que os réus se associaram para a realização do tráfico interestadual de drogas e, nesse sentido, ultimar a negociação de grande quantidade de entorpecente. Assim é que, após fechado o negócio, o denunciado OSCAR WONCHARTE FILHO ficou encarregado de realizar o transporte da droga de Ponta Porã/MS a São Paulo, no caminhão VW, modelo 24.250 CNC 6x2, de cor branca, de placas BTO-2487, sendo que a cocaína foi acondicionada num compartimento oculto (fundo falso), especialmente preparado no assoalho da câmara frigorífica do caminhão. No dia marcado para o recebimento da droga, 27.02.2014, RODRIGO ABIB POLETO veio a São Paulo, procedente de Florianópolis/SC, se encontrar com os demais membros da associação. Após o desembarque no aeroporto de Congonhas, RODRIGO foi recebido pelo seu comparsa ROGÉRIO PEREIRA NETO, tendo ambos, então, deixado as dependências do aeroporto, numa S-10, cor branca, de placas OLF-8090. Os dois se dirigiram à Central de Abastecimento do Supermercado Pão de Açúcar, em Osasco, local em que encontraram o motorista OSCAR WONCHARTE FILHO, passando-lhe o endereço para o descarregamento da droga que ele transportara.

De lá, rumaram ao galpão da Torcida Uniformizada Palmeiras (TUP), localizado na Praça Luiz Carlos Mesquita, Barra Funda, nesta cidade e comarca. Ali já os aguardavam, do lado de fora, os denunciados MARCELO AVANÇO LIMA e WELLINGTON DAPRETO DIAS, todos previamente ajustados e associados para a consecução do negócio espúrio. MARCELO aguardava no veículo GM-Vectra SD Collection, ano 2011, cor verde, de placas EUL-1975, estacionado na frente do galpão. E WELLINGTON aguardava no veículo GM-Astra, ano 2011, cor preta, de placas EWR-0537, estacionado no posto Ipiranga existente ao lado da quadra da TUP. Quando os denunciados RODRIGO ABIB POLETO, ROGÉRIO PEREIRA NETO e OSCAR WONCHARTE FILHO chegaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao galpão com a droga, por volta das 2 horas do dia 28.02.2014, MARCELO AVANÇO LIMA e WELLINGTON DAPRETO DIAS uniram-se ao grupo para ingressarem juntos no galpão e efetivamente receberem a droga transportada. O denunciado CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS, que aguardava os demais dentro do galpão, os recebeu e franqueou a su a entrada, bem como do caminhão que transportava a droga. Dentro do galpão, os seis denunciados, previamente associados que estavam, iniciaram o descarregamento da droga que estava no fundo falso do caminhão. Nesse momento, no entanto, policiais federais - que acompanharam toda a movimentação da associação, desde o desembarque de RODRIGO no aeroporto de Congonhas -, ingressaram no local e conseguiram os prender em flagrante delito e apreender a grande quantidade do entorpecentes. ... (sic).

A materialidade está estampada nos autos de prisão em flagrante, de exibição e apreensão e nos laudos de constatação prévia e de exame químico-toxicológico.

A autoria e culpabilidade também são certas, não obstante OSCAR tenha assumido a responsabilidade exclusiva pela droga e os demais réus negado envolvimento nos crimes que lhes foram imputados, nas duas fases, sempre assistidos por advogados, exceto RODRIGO, por ocasião do flagrante.

[...]

OSCAR, por seu turno, declarou-se motorista profissional perante a autoridade policial e confessou ser o proprietário do caminhão em cujo interior foi apreendida a expressiva carga de cocaína. Disse ter sido contratado, pela quantia de R\$ 15.000,00, para transportar a droga em tela da cidade de Ponta Porã, MS, à capital de São Paulo, mas alegou não se recordar o nome do contratante. Cerca de vinte dias antes da prisão, esteve na cidade de Campinas, SP, onde recebeu o baú com o compartimento secreto, especialmente preparado para a ocultação e transporte da droga. Aproveitou um frete de origem lícita, para transportar carne do Frigorífico TBS, situado no Estado do Mato Grosso do Sul, para o supermercado Pão de Açúcar, localizado em Osasco, SP, onde, após o descarregamento da mercadoria, uma pessoa (também não identificada - que fugiu ao perceber a presença dos policiais) o orientou no trajeto até o destino do entorpecente droga, explicitando tratar-se da quadra da torcida do Palmeiras, TUP (sic). Negou, porém, ter sido escoltado por uma camionete GM/S-10, assim como negou conhecer os demais acusados. Revelou, outrossim, que ... ao chegar na quadra da TUP, já no interior do barracão, desbloqueou a porta traseira do caminhão, bem como o compartimento secreto onde estava a droga, para que algumas pessoas (não identificadas) fizessem o descarregamento do material proibido ... (sic).

Em audiência, confirmou o teor da confissão extrajudicial e revelou que, na verdade, foi contratado para o transporte regular de drogas, tanto que o caminhão apreendido havia sido transferido para o seu nome com essa finalidade. Deveria trabalhar normalmente, auferindo ganhos com fretes de mercadorias de origem lícita, porém, quando necessário, seria convocado para transportar entorpecentes, ocasião em que receberia R\$ 15.000,00 pela tarefa, mas foi preso após sua primeira viagem. Na data dos fatos, foi contatado por indivíduo identificado pela alcunha Cabelo, que o guiaria pela cidade rumo ao destino



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da droga, inovando ao negar saber qual seria. Descarregou a carne que transportava pelas 18h e, em seguida, Cabelo chegou ao local na garupa de uma motocicleta, embarcou no caminhão e determinou que seguisse suas ordens. Ao chegarem à sede da TUP, Cabelo mandou estacionar no interior da quadra e, embora tenha relutado, diante do número de pessoas presentes na ocasião (cerca de quarenta ou cinquenta), obedeceu a ordem. Cabelo desembarcou, mandou que aguardasse, pois iria encontrar o patrão no posto de abastecimento existente nas imediações.

Nesse ínterim, chegaram os policiais federais e determinaram que todos se deitassem no chão, o que, inicialmente, achou tratar-se de brincadeira. Enquanto eles dominavam os presentes e revistavam o caminhão, alguém bateu no portão (possivelmente o dono da droga, trazido por Cabelo), mas um dos policiais abriu o portão rapidamente e determinou que fosse embora. Na sequência, vasculharam o caminhão diversas vezes, por cerca de uma hora e pouco, até que um deles gritou:

bingo, achei, achei (sic). Então, perguntaram quem era o motorista e se apresentou imediatamente. Foi questionado a respeito dos demais envolvidos na operação ilícita, mas nada revelou porque não sabia. Então, um deles indagou se todos os detidos deveriam ser conduzidos à delegacia e obteve a determinação, possivelmente do delegado (sic), no sentido de que escolhesse alguns, senão lhes daria muito trabalho. Por fim, disse ter conhecido os demais acusados somente no dia da prisão e assegurou que nenhum deles tem envolvimento com a droga.

No entanto, suas palavras não convencem porque, além de contraditórias e inconsistentes, foram infirmadas pelas demais provas, senão vejamos.

Os policiais federais FABIO TAKEBAYASHI ROMANO e ENRICO LUCCHETTI sempre informaram fazer parte do núcleo de operações da Polícia Federal e, na data dos fatos, foram designados pela chefia (Marco Roberto) para acompanhar indivíduo (identificado por fotografia que receberam) que desembarcaria no aeroporto de Congonhas, vindo de Santa Catarina, SC. Também foram informados que o alvo estaria envolvido em negociação de grande volume de drogas, razão pela qual a ação contou com cerca de dez agentes, distribuídos em quatro ou cinco viaturas descaracterizadas, certo que os depoentes ocupavam veículos distintos. Cumprindo a determinação da chefia, deslocaram-se ao aeroporto referido, onde presenciaram a chegada do acusado RODRIGO, entre 17 e 18h, e seu encontro com ROGÉRIO. Após lancharem no restaurante McDonald's existente no local, embarcaram na camionete S-10, conduzida pelo último, e circularam por diversos locais da cidade, notadamente pela zona leste e, em seguida, rumaram ao entreposto do grupo Pão de Açúcar, situado na cidade de Osasco, SP, certo que, durante todo o trajeto, os agentes ocupantes das viaturas que compunham a equipe, operando em sistema de rodízio para não serem identificados, sempre mantiveram contato visual com a S-10. No centro de distribuição, mantiveram certa distância e observaram o encontro da dupla com o acusado OSCAR, motorista de um caminhão frigorífico. Eles conversaram por cerca de quinze minutos e, a seguir, saíram em comboio rumo à sede da Torcida Uniformizada do Palmeiras – TUP. No destino, o veículo S-10 foi estacionado em um posto de abastecimento vizinho, próximo a um veículo GM/Astra, cujo ocupante (MARCELO) desembarcou e ingressou com a dupla (RODRIGO e ROGÉRIO) na sede da torcida, logo após CLADIVAN abrir o portão da quadra para o caminhão estacionar, de ré. Então, após rápida análise da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situação e elaboração do plano de abordagem, por aproximadamente quinze minutos, os depoentes e outros três agentes ingressaram na quadra da entidade e renderam todos os presentes, certo que os acusados estavam posicionados na parte traseira do caminhão, mantendo inequívoco contato visual com o material ilícito, já acessado, inclusive, no interior do compartimento secreto existente sob o assoalho, especialmente preparado para ocultar os tijolos de entorpecente, os quais, aliás, estavam sendo descarregados na ocasião. Cerca de dez ou quinze integrantes da escola de samba que trabalhavam nas alegorias e fantasias para o carnaval também foram abordados e contidos por medida de segurança, mas todos foram liberados ao final do ato, ante a ausência de indícios no sentido de que estivessem envolvidos com a atividade criminosa.

Outros agentes da equipe, anteriormente posicionados em pontos distintos da cidade para a hipótese de alteração da rota do caminhão em tela, juntaram-se a eles após a abordagem. Questionados, os acusados se recolheram ao silêncio e foram presos em flagrante delito. Por fim, esclareceram que as informações que precedem as operações da polícia federal partem do serviço de inteligência, isto é, as ações envolvem setores diversos, razão pela qual não questionaram outros detalhes a respeito da ordem recebida da chefia na data dos fatos, aduzindo, ainda, que não registraram a ação por fotografias ou vídeo em razão de sua dinâmica.

E o delegado federal Mauro Ferreira Guimarães confirmou o procedimento da instituição, tanto que não estava presente no momento da abordagem, mas foi acionado - no plantão - para lavrar o flagrante, versando a respeito de prisão concretizada após vigilância de caminhão que transportava cerca de 320 kg de cocaína, cujos envolvidos foram surpreendidos no interior da sede da Torcida Uniformizada do Palmeiras – TUP, enquanto descarregavam a droga.

De outra parte, as testemunhas arroladas pelas defesas procuraram corroborar os roteiros defensivos externados pelos recorrentes, porém, sem êxito.

[...]

Nesse contexto, em que pese o empenho das combativas defesas, a condenação dos réus reclamada pelo Ministério Público, nos termos da denúncia, é medida que se impõe, sobretudo diante do teor dos depoimentos dos policiais federais responsáveis pelas prisões em flagrante, pois, ao contrário do que se sustenta, confirmaram os termos da inicial acusatória e evidenciaram a responsabilidade criminal de todos os acusados no que tange aos crimes de tráfico ilícito interestadual e associação para esse fim, não se cogitando de contradição de relevo nem de viés sorrateiro, a revelar que merecem credibilidade e não podem ser simplesmente ignorados porque foram seguros e coerentes, desde o início, e, ademais, não tinham motivos para atribuir-lhes crimes de tal gravidade, sobretudo porque nada nesse sentido foi demonstrado pelas provas a cargo das dd. defesas, ao contrário, os relatos das testemunhas que arrolaram, inconsistentes e contraditórios, reforçam a convicção a respeito do envolvimento de todos eles nas empreitadas ilícitas, mormente porque tais depoimentos não se mostraram suficientes para infirmar os relatos dos policiais federais no sentido de que todos (inclusive, WELLINGTON, MARCELO e CLADIVAN) mantinham contato visual com a droga no momento da abordagem, em meio à descarga do material ilícito e, por conseguinte, estavam envolvidos com o entorpecente, razão pela qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram presos em flagrante, em detrimento de outras tantas pessoas que estavam no mesmo sítio no momento da abordagem, mas foram liberadas, justamente porque nada indicava participação nos crimes em estudo.

E também não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade no depoimento desses agentes porque, na condição de testemunhas, como qualquer pessoa (CPP, art. 202), prestam compromisso e estão sujeitos às penas por falso testemunho que, como visto, não tinham razão para incriminá-los, graciosamente, tanto que foram ouvidos em audiência e não foram contraditados no momento oportuno (CPP, art. 214).

E, diante da natureza e da variedade do entorpecente apreendido, da forma como estava embalado, a granel, em formato de tabletes, prontos para a distribuição em larga escala, aqui e em outro Estado da Federação, inequivocamente ao consumo de terceiros, e do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante - concretizada em razão de precisas informações levantadas pelo serviço de inteligência da Polícia Federal, acompanhadas de fotografia do acusado RODRIGO (denunciado, não por acaso, por envolvimento em crimes de idêntica natureza no seu Estado de origem, como se infere do ofício juntado a fls. 1036/1049), além de informar o horário que ele desembarcaria no aeroporto de Congonhas para tratar, pessoalmente, da vultosa negociação, envolvendo mais de trezentos quilos de cocaína, que resultou frustrada em razão de diligente trabalho policial coroado com a prisão dos acusados no momento em que descarregavam as porções ilícitas no local dos fatos - infere-se, seguramente, que o entorpecente apreendido na ocasião se destinava ao comércio proscrito.

O artigo 33 da Lei de Tóxicos é de conteúdo múltiplo e descreve diversas condutas, bastando para a sua caracterização a prática de apenas uma delas. Na espécie, as condutas típicas adquirir, transportar e guardar - substância entorpecente para fins de mercancia, isto é, venda, distribuição ou entrega ao consumo de terceiros - ficaram configuradas e se subsumem perfeitamente ao tipo penal.

De outro vértice, também assiste razão ao Ministério Público quando reclama a condenação dos réus nos termos do artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, porque não restou dúvida acerca da existência de associação entre os acusados para a prática criminosa, especialmente diante da grandiosidade da operação comercial que se concretizaria neste Estado, envolvendo agentes de outros dois entes da Federação, marcada por grande esforço logístico e sofisticação, diante da utilização de caminhão frigorífico dotado de compartimento secreto especialmente preparado para o transporte de drogas (bem sucedido, diga-se, por não ter sido descoberto durante o longo trajeto que percorreu), a revelar, portanto, inequívoco, que estavam - sim - associados para a prática reiterada, ou não, do tráfico ilícito, sem deslembrar que a ação conjunta e coordenada multiplica o poder de ação desses criminosos, tornando a atividade mais lesiva à sociedade e à saúde pública.

E ainda que fosse possível crer que o acusado OSCAR (agraciado com caminhão de grande valor econômico para o fim específico de transportar drogas sempre que solicitado por seus patrões) tenha sido preso em sua primeira viagem, ou ainda que não tivesse ficado demonstrado o ajuste prévio entre os acusados, nem a prática reiterada de infrações, o tipo penal em comento não exige associação permanente para a sua caracterização, porquanto diz respeito à cooperação entre duas ou mais pessoas para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática reiterada, ou não, da mercancia, evidenciando que basta uma ação criminosa executada com essa finalidade para que o crime conexo em tela se aperfeiçoe, independentemente da existência, ou não, do conluio antecedente e da ausência de reiteração de condutas destinadas ao tráfico.

Ou o transporte de grande quantidade de entorpecente num caminhão (preparado especialmente para tal finalidade, repise-se), que era escoltado por outro veículo, como no caso, não configura associação para o tráfico ilícito?

Em suma, respeitado o entendimento esposado em sentido contrário, a condenação dos acusados, também na parcela, é imperiosa.

Do mesmo modo, a causa de aumento relativa ao tráfico interestadual resultou configurada e foi comprovada, incontroversa, aliás, diante da expressa confissão de OSCAR a esse respeito, pois confirmou ter recebido a droga na cidade de Ponta Porã, MS, com a incumbência de entrega-la nesta capital" (e-STJ, fls. 27-40).

Como se verifica, a decisão condenatória está amparada em **farto material probatório**, colhido durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que demonstra o ânimo associativo, de caráter duradouro e estável, entre a paciente e os corréus RODRIGO ABIB POLETO, ROGÉRIO PEREIRA NETO, WELLINGTON DAPRETO DIAS, MARCELO AVANÇO LIMA e CLADIVAN FRANCISCO DOS SANTOS.

Além das circunstâncias fáticas do flagrante, em que houve a apreensão de 317,85 kg de cocaína em compartimento secreto de caminhão baú proveniente de Ponta Porã/MS para São Paulo/SP, há provas de que o paciente se associou com os corréus para a prática do tráfico interestadual de drogas, tendo sido agraciado pelo grupo com o referido veículo para realizar transporte de mercadorias lícitas e, também, dos entorpecentes quando requisitado, percebendo o valor de R\$ 15.000,00 por viagem. Consta, ainda, que o corréu RODRIGO veio de Florianópolis/SC para São Paulo/SP e se encontrou no aeroporto com ROGÉRIO, sendo esses os responsáveis por escoltar o caminhão até o galpão da Torcida Uniformizada do Palmeiras (TUP), onde eram aguardados por MARCELO, WELLINGTON E CALDIVAN para o recebimento e descarregamento da droga. Nesse contexto, não há como afastar o reconhecimento do liame subjetivo entre os agentes na prática reiterada do tráfico de drogas, para se acolher a alegação de mero concurso eventual.

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, o acolhimento da pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas implica imersão em todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES QUE INDICAM O TRÁFICO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006. Na espécie, tendo a Corte local, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, constatado que os agravantes praticaram o delito de associação para o tráfico, é inviável desconstituir tal premissa em sede de *habeas corpus*, diante da necessidade de revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do *mandamus*, de cognição sumária.

Precedentes.

[...]

Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 420.808/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/2/2018, DJe 8/3/2018).

Quanto à dosimetria penal, o Tribunal de origem procedeu da seguinte forma:

"Passa-se, pois, à dosimetria.

As sanções estabelecidas na r. sentença com relação ao crime de tráfico ilícito, exigem ajuste somente para se aplicar o aumento de 1/6 (fração que se justifica pelo tráfico entre somente dois Estados da Federação), decorrente da causa especial de aumento relativa ao tráfico interestadual, mantendo-se seus demais termos, ante o limite do inconformismo do *parquet*, uma vez que, a despeito do expressivo montante de entorpecente apreendido (317kg de cocaína, vale repisar), as básicas de RODRIGO, OSCAR e ROGÉRIO foram majoradas de modestos 3/5, perfazendo, pois (com o acréscimo de mais 1/6 referido alhures), com relação aos dois primeiros, individualmente, nove anos e quatro meses de reclusão e novecentos e trinta e três dias-multa, no piso no que tange a OSCAR e no valor unitário correspondente a meio salário mínimo no que se refere a RODRIGO, diante de sua condição de empresário.

[...]

E, no que tange ao crime conexo (associação para o tráfico), em homenagem ao princípio da proporcionalidade, imperativa a majoração das penas com os mesmos aumentos aplicados ao crime de tráfico (em razão do montante de entorpecente, dos maus antecedentes, da reincidência e da causa de aumento), perfazendo, pois, no que respeita aos acusados primários, RODRIGO, OSCAR, CLADIVAN e MARCELO, individualmente, cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão e mil, trezentos e seis dias-multa, no piso para os três últimos, e no valor unitário de meio salário mínimo no que concerne a RODRIGO, pela razão já exposta.

[...]

Somadas em razão do concurso material, as penas de RODRIGO, OSCAR, CLADIVAN e MARCELO totalizam, isoladamente, catorze anos, onze meses e seis dias de reclusão e dois mil, duzentos e trinta e nove dias-multa; as de WELLINGTON, dezenove anos, dez meses e vinte e oito dias de reclusão e dois mil, novecentos e oitenta e quatro dias-multa; e, por fim, as de ROGÉRIO, vinte e três anos, dois meses e vinte e dois dias de reclusão e três mil, quatrocentos e oitenta e dois dias-multa.

Inviável, diante do *quantum* ora estabelecido, bem assim das demais circunstâncias anteriormente explicitadas, a concessão de qualquer benefício aos réus, notadamente a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, diante da inequívoca dedicação de todos à criminalidade, evidenciada, sobretudo, pela condenação que ora se impõe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo crime de associação para o tráfico; e a alteração da regência carcerária, porque correta a imposição de regime fechado para o início da expiação, por ser o único adequado, suficiente e condizente com agentes desta estirpe e, por conseguinte, para a prevenção e repressão de crimes desta natureza, pois nefastos à saúde pública, à vida, às famílias e à sociedade, porquanto, além dos malefícios ao indivíduo, o entorpecente e o seu comércio fomentam a prática de delitos, justamente para o fim de viabilizá-lo, atingindo patamares e consequências incomensuráveis" (e-STJ, fls. 40-41).

Em relação ao reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, observa-se que o pleito não foi analisado pela Corte estadual, o que, a princípio, impediria o exame diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instâncias (AgRg no HC 430.514/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/9/2018, DJe 2/10/2018).

Entretanto, sendo flagrante o constrangimento ilegal suportado pelo paciente diante do não reconhecimento da referida causa de redução da pena, é possível a atuação desta Corte, de ofício, para sanar a ilegalidade manifesta.

Como é cediço, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 545, de que a confissão espontânea do réu sempre deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (AgRg no REsp 1643268/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017).

In casu, observa-se que, embora o Tribunal de origem, no exame da materialidade delitiva, tenha afirmado que as palavras do acusado "não convencem porque, além de contraditórias e inconsistentes, foram infirmadas pelas demais provas" (e-STJ, fl. 34), e o paciente tenha assumido a posse exclusiva do entorpecente para eximir a culpa dos demais acusados, observa-se que a sua confissão, apesar de parcial, contribuiu para a sua condenação. Verifique-se, por oportuno, o seguinte trecho do acórdão impugnado:

"E ainda que fosse possível crer que o acusado OSCAR (agraciado com caminhão de grande valor econômico para o fim específico de transportar drogas sempre que solicitado por seus patrões) tenha sido preso em sua primeira viagem, ou ainda que não tivesse ficado demonstrado o ajuste prévio entre os acusados, nem a prática reiterada de infrações, o tipo penal em comento não exige associação permanente para a sua caracterização, porquanto diz respeito à cooperação entre duas ou mais pessoas para a prática reiterada, ou não, da mercancia, evidenciando que basta uma ação criminosa executada com essa finalidade para que o crime conexo em tela se aperfeiçoe, independentemente da existência, ou não, do conluio antecedente e da ausência de reiteração de condutas destinadas ao tráfico. Ou o transporte de grande quantidade de entorpecente num caminhão (preparado especialmente para tal finalidade, repise-se), que era escoltado por outro veículo, como no caso, não configura associação para o tráfico ilícito?

Em suma, respeitado o entendimento esposado em sentido contrário, a condenação dos acusados, também na parcela, é imperiosa.

Do mesmo modo, a causa de aumento relativa ao tráfico interestadual resultou configurada e foi comprovada, incontroversa, aliás, diante da expressa confissão de OSCAR a esse respeito, pois confirmou ter recebido a droga na cidade de Ponta Porã, MS, com a incumbência de entrega-la



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nesta capital" (e-STJ, fls. 39-40).

Sob tal contexto, a pena merece reparo a fim de que seja aplicada a atenuante do art. 65, III "d", do Código Penal.

Quanto ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, melhor sorte não assiste à impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organização criminosa.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

Na hipótese, mantida a condenação do acusado pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a exigência de demonstração de estabilidade e permanência no narcotráfico para a configuração do referido delito.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que deve ser mantida inalterada a reprimenda-base aplicada ao agravante, a qual, aliás, foi estabelecida em apenas 1 ano acima do mínimo legal em decorrência da apreensão de mais de 70 quilos de cocaína.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal possui o entendimento de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 370.617/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06), REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. *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. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto a absolvição do delito de associação para o tráfico, demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*. Ademais, com base nas provas dos autos, sobretudo as circunstâncias do delito, onde restou comprovada a divisão de tarefas entre o paciente e o corréu para a comercialização das drogas, bem como os depoimentos policiais, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico e associação para o tráfico de drogas.

Dessa forma, a associação com o tráfico de drogas inviabiliza a aplicação da causa redutora de pena (§ 4º do art. 33 da Lei de Drogas), não sendo possível a fixação de regime prisional mais brando e a substituição da pena por restritiva de direitos. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 408.878/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017).

Passo à dosimetria das penas.

- Do delito de tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, c.c o 40, V, da Lei n. 11.343/2006):

A pena base foi estabelecida em 8 anos de reclusão, diante da expressiva quantidade de entorpecente apreendido (317,85 kg de cocaína), nos termos dos arts. 59 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006. Na fase intermediária, reconhecida a atenuante do art. 65, III, "d", do CP, reduz a sanção para 6 anos e 8 meses de reclusão. Na terceira etapa, elevo-a em 1/6, em razão da incidência da causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas, ficando a pena em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 777 dias-multa.

- Do delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35, *caput*, c.c o 40, V, da Lei n. 11.343/2006):

A pena base foi estabelecida em 4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão mais 1.120 dias-multa, diante da expressiva quantidade de entorpecente apreendido (317,85 kg de cocaína), nos termos dos arts. 59 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006. Na fase intermediária, ausentes outras causas modificativas mantém-se a pena intermediária. Na terceira etapa, elevo-a em 1/6, em razão da incidência da causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas, ficando a pena em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e pagamento de 1.306 dias-multa.

- Do art. 69 do Código Penal:

Reconhecido o concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e de associação para esse fim, torno a pena definitiva em 13 anos, 4 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 2.083 dias-multa.

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre o delito de tráfico de drogas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o de associação para o tráfico, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "a", do CP.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, redimensionando a sanção final para 13 anos, 4 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 2.083 dias-multa, mantido o modo fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0133582-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 402.527 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00195711620148260050 195711620148260050 20160000829204

EM MESA

JULGADO: 13/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: SALOMAO ABE
ADVOGADO	: SALOMÃO ABE - MS018930
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: OSCAR WONCHARTE FILHO (PRESO)
CORRÉU	: RODRIGO ABIB POLETO
CORRÉU	: ROGERIO PEREIRA NETO
CORRÉU	: WELLINGTON DAPRETO DIAS
CORRÉU	: MARCELO AVANÇO LIMA
CORRÉU	: CLAUDIVAN FRANCSICO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.