AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.728 - SP (2018/0189227-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	HIGOR APARECIDO PINHEIRO
ADVOGADO	:	OTÁVIO ALVES GARCIA - SP035442
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

HIGOR APARECIDO PENHEIRO interpõe agravo regimental contra decisão proferida pela Exma. Senhora Ministra LAURITA VAZ, Presidente desta Corte, que não conheceu do recurso especial, ante a não impugnação de todos os fundamentos do *decisum*.

No presente agravo, a defesa alega que *"houve a impugnação específica aos termos da decisão agravada, nos parâmetros do inconformismo do Agravante"* (fl. 660), inclusive a demonstração da divergência.

Pugna pela reconsideração ou reforma da decisão agravada a fim de que o recurso especial seja conhecido e provido.

É o relatório. Decido.

Diante das alegações postas, reconsidero a decisão e passo ao exame do recurso.

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, em desfavor de acórdão assim sumariado:

> *Apelações. Crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, praticados nas imediações de estabelecimento de ensino. Recurso da defesa dos réus.1. Quadro probatório suficiente a demonstrar a prática das condutas pelos réus. 2. Materialidade e autoria positivadas. Hipótese de condenação de Higor e absolvição imprópria de Luis Carlos, em razão da inimputabilidade. 3. Penas reduzidas quanto ao acusado Higor, com manutenção do regime inicial fechado paraa pena privativa de liberdade. 4. Prazo mínimo da medida de segurança imposta ao corréu Luis Carlos que deve ser estabelecido em 1 ano. Recursos parcialmente providos (*fl. 498).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 529-531).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33, § 4º, e 35 da Lei n. 11.343/2006, e 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que *"examinando a motivação do acórdão não se extrai os requisitos para caracterização do delito de associação, ou seja, o vínculo psicológico para o tráfico de drogas por tempo indeterminado"* (fl. 539).

Assevera a impossibilidade dos réus *"firmarem o elo subjetivo (associarem) para a pratica do crime de tráfico de drogas, em razão da moléstia mental do corréu, Luis Carlos, não há como se consumar o animus associativo elemento essencial para caracterizar o tipo penal capitulado no art. 35, caput, da Lei de Drogas"* (fl. 539), além do associação eventual não caracterizar o crime.

Alega que o acórdão afastou a minorante *"em razão do delito de associação e por conta da quantidade e diversidade das substancias apreendidas e o suposto oferecimento de dinheiro aos policiais"* (fl. 542), sendo que o réu é primário, sem maus antecedentes e as circunstâncias judiciais são favoráveis.

Afirma que a redução da pena permitirá a fixação de regime mais brando.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência das Súmulas n. 284/STF e ns. 7 e 83 desta Corte, além de não demonstrada a divergência.

Contraminuta às fls. 636-646. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo (fls. 680-683).

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, quanto à configuração do crime de associação para o tráfico, incidente o verbete n. 7 da Súmula do STJ, pois para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o reexame das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Nesse sentido, confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ENTORPECENTES PROVENIENTES DO PARAGUAI.*

NATUREZA ABSOLUTA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. "O magistrado não está vinculado a todos os pontos de discussão apresentados pelas partes, de modo que a insatisfação com o resultado trazido na decisão não significa prestação jurisdicional insuficiente ou viciada pelos vetores contidos nos arts. 381, III, e 619, ambos do CPP" (AgRg no AREsp 275.141/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 19/11/2015).

2. "Na hipótese, a competência da Justiça Federal foi determinada em razão da natureza transnacional do crime, constatada pelas instâncias ordinárias a partir da análise dos elementos carreados aos autos. Assim, desconstituir tal conclusão demandaria inevitavelmente o reexame do quadro fático-probatório, sendo, todavia, vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ)." (AgRg no REsp 1.407.458/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 27/03/2018)

3. A pretensão de absolvição pelos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, este último sob a alegação de falta de comprovação da estabilidade e permanência entre os réus, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em recurso especial (Súm. 7/STJ).

*4. Agravo regimental não provido (*AgRg no AREsp 1.395.919/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 1º/3/2019).

Ademais, a alegação de que *"o vínculo psicológico será impossível de ocorrer, uma vez que o corréu, Luis Carlos Lemes Filho, é inimputável, haja vista sua moléstia mental, tanto que sua condenação imprópria consistiu na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (vide fls. 511)"* (fl. 539), não foi objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, o que atrai a aplicação das Súmulas ns. 282 e 356 do STF.

Na terceira fase da dosimetria, o Tribunal de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, considerando que o réu se dedica a atividades criminosas do tráfico de drogas (fl. 507), de modo que não preenche os requisitos para a diminuição da pena, notadamente em razão da quantidade e variedade das drogas, além da condenação pelo crime de associação para o tráfico. De outra parte, além de vedada o reconhecimento da minorante ao presente caso, para se modificar o entendimento do Tribunal de origem, seria necessário o reexame do conjunto de provas, o que encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PERMANÊNCIA E ESTABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPALDO NA PROVA DOS AUTOS. REEXAME. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. In casu*, tendo a instância ordinária, com base no conjunto fático-probatório dos autos, reconhecido a estabilidade e a permanência da associação criminosa, se torna inviável rever tal entendimento, pois demandaria o exame de provas e fatos, medida que não se admite na via estreita do habeas corpus.*

4. Configurado o crime de associação para o tráfico, fica vedada a aplicação da minorante do art. 33,§ 4º, da Lei de Drogas, por expressa determinação legal.

5. Fixado o quantum *da reprimenda imposta em 9 anos de reclusão, não é possível a concessão da substituição da pena nos termos do art. 44, I, do Código Penal, muito menos a fixação de regime mais brando, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Repressivo.*

6. Habeas Corpus *não conhecido* (HC 349.837/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. REEXAME DE PROVA. ALEGADO BIS IN IDEM. IMPROCEDÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A alegada insuficiência probatória para condenar o agravante pelo crime de tráfico de drogas demanda incursão no material fático dos autos, o que é vedado pelo óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

> *2. As instâncias ordinárias entenderam, de forma fundamentada, que não se aplica a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que o réu se dedica a atividades criminosas. Consignou a Corte de origem a expressiva quantidade de droga, bem como as circunstâncias dessa apreensão. Rever esse entendimento demanda incursão no contexto fático-probatório, o que não se admite na presente via.*
>
> *[...]*
>
> *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 456.502/RS, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME - Desembargador convocado do TJ/SP, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2014).

Pelos mesmos motivos, inviabilizado o recurso pela alínea "c".

Mantido o *quantum* da pena definitiva, resta prejudicado o pedido de modificação do regime.

Diante do exposto, reconsidero a decisão agravada e com fundamento no art. 932, inc. IV, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator