

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.441.543 - SP
(2019/0035865-3)**

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MARIA CELESTE DA SILVA
ADVOGADO : RODRIGO JOSÉ CRESSONI - SP265165
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de agravo regimental interposto por MARIA CELESTE DA SILVA contra decisão proferida pelo em. Ministro Presidente desta Corte, às fls. 686/687, que não conheceu do recurso porque não impugnados os fundamentos da decisão agravada.

A defesa sustenta que comprovou a divergência com súmulas, jurisprudências e artigos, bem como demonstrou a contrariedade à Lei Federal.

É o relatório. Decido.

Compulsando os autos, verifica-se que procede a argumentação trazida no agravo regimental, uma vez que impugnados os fundamentos do *decisum* agravado.

Reconsidera-se, pois, a decisão.

Passa-se ao exame do recurso especial.

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

Consta dos autos que a agravante foi condenada pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (associação para o tráfico de drogas), às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal, conforme a sentença de fls. 683/706.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte estadual, a qual negou provimento ao recurso em acórdão que está assim ementado (fl. 881):

EMENTA - Apelação - Tráfico de entorpecentes e Associação para o tráfico - (ARTIGOS 33, "CAPUT", e 35 "CAPUT", AMBOS DA LEI 11.343/06) - Preliminar de cerceamento de defesa que deve ser afastada, pois não se vislumbra nenhuma afronta a ampla defesa e o contraditório - provas seguras de autoria e materialidade - palavras coerentes e seguras das testemunhas - responsabilização inevitável - Penas bem aplicadas, inadmissível se aplicar o redutor previsto na Lei de Drogas, em virtude da comprovação de

que os acusados eram envolvidos em atividades criminosas - Regime fechado que se impõe ante a gravidade em concreto das condutas - Substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos - Insuficiente ao caso concreto - Recursos defensivos desprovidos.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 914/927), os quais foram rejeitados (fls. 938/942).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega a violação do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º e do art. 59, ambos do Código Penal - CP, bem como aponta inobservância ao disposto nas Sumulas 440 deste STJ e 718 e 719 do STF, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta que não há qualquer circunstância judicial negativa apta a embasar a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento da pena imposta, ressaltando que a ré é primária, de bons antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita, além de ser arrimo de família, circunstâncias que malfeririam o princípio da individualização da pena.

Defende a aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas à hipótese, aduzindo que a apenada, ao contrário do consignado, não integra organização criminosa, pois é genitora do corréu Vítor *"e jamais teve qualquer contato com terceiro, que por ventura viesse a participar de empreitada criminosa"* (fl. 959), não tendo sido comprovada a permanência ou habitualidade, considerando que a acusada somente teria atendido a um pedido do filho.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista a incidência das Súmulas ns. 7, 182 e 518 do STJ, bem como por ausência de comprovação da divergência jurisprudencial alegada (1.006/1.007).

Contraminuta às fls. 1.026./1.039. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo e, caso conhecido, pelo desprovidimento do recurso especial (fls. 1.077./1.039).

É o relatório. Decido.

O recurso merece parcial provimento.

De início, quanto à pretensão de aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não prospera, tendo em vista que a agravante foi condenada justamente pelo delito de associação para o tráfico de

entorpecentes, após farta investigação, o que inviabiliza a aplicação da minorante pela participação em organização criminosa, conforme destacaram o Juízo singular e o Tribunal *a quo*. Nesse sentido, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a demonstração concreta do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, caput e § 1º e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

2. 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 agravante e o corréu Jonas tendo destacado que "Marlene mantinha em depósito a substância ilícita em sua residência, em significativa quantidade, enquanto Jonas abastecia regularmente o ponto de venda, pois buscava porções que distribuía a menores para que as comercializassem na Rua Augusto Bisson, tudo isto de forma continuada e habitual, com o exercício programado de tal delito." Dessa forma, na esteira da jurisprudência desta Corte, o acolhimento da pretensão de absolvição pelo delito previsto artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, implicaria imersão em todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

3. **Quanto à incidência da causa especial de diminuição de pena, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, como exige para sua configuração os requisitos de estabilidade e de permanência no narcotráfico, por óbvio evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa, o que torna inviável a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.**

4. Diante do afastamento da minorante, ficam prejudicados os pedidos de alteração do regime prisional para outro menos gravoso ou a substituição da pena.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 463.683/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,

julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018, grifamos)

No que tange ao regime prisional, contudo, é firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

No mesmo sentido são os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Dessa forma, em razão da primariedade da paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal – CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de

droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E 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.

2. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Diante do exposto, reconsidero a decisão agravada e com fundamento na Súmula n. 568/STJ, e dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta à paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

