

Superior Tribunal de Justiça

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.553.147 - SE
(2019/0229766-0)**

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PATRICIA DE JESUS SANTOS
AGRAVANTE : ADILMO NASCIMENTO DE ANDRADE
ADVOGADO : JOÃO DE GÓIS NETO E OUTRO(S) - SE002627
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por PATRÍCIA DE JESUS SANTOS e ADILMO NASCIMENTO DE ANDRADE contra decisão monocrática da lavra do Ministro Presidente JOÃO OTÁVIO DE NORONHA que não conheceu do agravo em recurso especial, uma vez que não houve impugnação da Súmula n. 83/STF (e-STJ fls. 630/631).

Em seu agravo regimental (e-STJ fls. 635/652), a parte recorrente alega que houve impugnação dos argumentos que conduziram ao não seguimento do recurso especial.

Manifestação do Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 663/666, pelo não conhecimento do agravo.

É o relatório.

Verifica-se que os argumentos aduzidos nas razões de agravo regimental revelam-se plausíveis, o que impõe a reconsideração da decisão agravada.

Trata-se de agravo interposto pelos acusados em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 434/436):

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006) – DOIS RÉUS - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PARA AMBOS OS CRIMES – NEGATIVA DE AUTORIA - INACOLHIDO - PROVA DOS AUTOS CONVERGENTES ÀS CONDENAÇÕES – AUTORIA E MATERIALIDADE

Superior Tribunal de Justiça

DELITIVAS COMPROVADAS EM RELAÇÃO A TODOS OS TIPOS PENAS ACIMA DESCRITOS - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO E EM DELEGACIA QUE ATUARAM NO FLAGRANTE COM RELEVANTE VALOR PROBANTE. DOSIMETRIA- PRIMEIRO APELANTE - ALEGAÇÃO DE QUE A APLICAÇÃO DA PENA TEVE QUANTUM EXCESSIVO – INOCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ATENUANTE JÁ APLICADA PELO MAGISTRADO DE SENTENCIANTE – FALTA DE INTERESSE RECURSAL. SEGUNDA APELANTE - ALEGAÇÃO DE QUE A APLICAÇÃO DA PENA TEVE QUANTUM EXCESSIVO – INOCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENAS DEFINITIVAS MANTIDAS – REGIMES FECHADO MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação dos artigos 33, §4º, e 35 da Lei n.11.343/2006, dos artigos 155, 156, 158 e 386 do CPP. Sustenta: (i) a absolvição dos acusados, em razão da ausência nos autos de laudo toxicológico de natureza definitiva; (ii) a inexistência de estabilidade entre os acusados para a configuração do delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006; (iii) a aplicação do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que não ficou comprovado que os acusados se dedicavam a atividade criminosa ou integravam organização criminosa, sendo eles primários e de bons antecedentes.

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

O recurso não merece acolhida.

Primeiramente, não há como apreciar a tese acerca da absolvição dos acusados, em razão da ausência nos autos do laudo

Superior Tribunal de Justiça

toxicológico de natureza definitiva, uma vez que tal questão não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

No que tange à existência de provas para condenação quanto ao crime do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal *a quo* concluiu (e-STJ fls. 445/446):

Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no caput do referido dispositivo legal, há que se perquirir se para a configuração da associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

*Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se de maneira estável ou permanente para a consecução de um fim comum. A característica da associação é a estabilidade do vínculo que une os agentes, mesmo que nenhum dos crimes por eles planejados venha a se concretizar. Por isso, por mais que o art. 35 da Lei de Drogas faça uso da expressão "reiteradamente ou não", a tipificação desse crime depende da estabilidade ou da permanência (*societas sceleris*), características que o diferenciam de um concurso eventual de agentes (CP, art. 29).*

Como bem expôs o eminente Procurador de Justiça, "(...) verifica-se que o estabelecimento dos recorrentes foi apontado, através de notícia anônima, como sendo local de venda de drogas, de forma que a polícia conseguiu fazer a apreensão de relativa quantidade de cocaína (149 gramas), além de dinheiro trocado e um cheque no valor de R\$ 2.400,00, fatores que indicam o comércio em larga escala feito pelo bando. Não podemos deixar de mencionar que o próprio réu admitiu vender cocaína ao ser ouvido em juízo, especificando fazer tal atividade há 01 ano no momento em que prestou esclarecimentos no Inquérito Policial. E arremata: "Diante de tais dados, resta claro que os apelantes fazem parte de um grupo organizado e liderado pela recorrente Adilmo, sendo a função desse vender o entorpecente, enquanto a de Patrícia a de guardar a cocaína em locais estratégicos da residência do casal, o que satisfaz os requisitos da permanência e da estabilidade, incidindo no art. 35 da Lei de Drogas".

No caso dos autos, restou devidamente comprovada a

Superior Tribunal de Justiça

estabilidade ou permanência da associação. As provas produzidas são firmes no sentido de confirmar a prática do delito de associação para o tráfico pela apelante Patrícia e o apelante Adilmo, conforme relataram os policiais ouvidos em Juízo e em Delegacia, dos quais se inferem que o entorpecente era comercializado, de forma associada e coordenada, restando, assim, demonstrado o animus associativo, com estabilidade, potencial articulação e sinais de permanência para a prática do delito de tráfico de drogas.

Dessa forma, mantenho a condenação da ré Patrícia de Jesus Santos pela prática do crime de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, previstos nos arts. 33, caput, e 35, da Lei 11.343/2006.

Ora, para se concluir acerca da ausência de comprovação da prática do crime do artigo 35 da Lei n. 11.343/2006 pelos acusados e a inexistência de estabilidade entre os envolvidos, como requer a parte recorrente, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Em relação a aplicação do benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que *a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa* (AgRg no AREsp n. 1035945/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018).

Nessa linha, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão impugnada foi clara ao evidenciar que: a) as instâncias ordinárias concluíram pela presença dos elementos

Superior Tribunal de Justiça

da estabilidade e da permanência a configurar o crime de associação ao tráfico de drogas, motivo pelo qual a alteração de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior; b) mantida a condenação pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, fica prejudicado o exame da possibilidade de incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas que permitam a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão agravada.

3. Agravo regimental não provido. (AgInt no AREsp 1331577/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. INCOMPATIBILIDADE COM A ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. 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.

Habeas corpus não conhecido. (HC 431.101/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018)

[...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE.

1. "Nos termos do entendimento desta Corte, a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa"

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 1.626.399/RO, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017).

2. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1690808/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018)

Assim, mantido o decreto condenatório pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Quanto ao patamar de aumento da pena-base, em relação aos dois envolvidos, e da fração de diminuição da atenuante da confissão, quanto ao acusado Adilmo, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*.

Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual *o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*.

No presente caso, em atenção às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, houve a consideração da quantidade e qualidade da droga apreendida (116g de cocaína - e-STJ fl. 171) para fixar a pena-base, pelo delito de tráfico, em 1 ano e 3 meses acima do mínimo legalmente previsto.

Ocorre que, em observância às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, em razão da referida quantidade e natureza da droga apreendidas, que não pode se considerar demasiadamente elevada, mostra-se mais adequado o aumento em 1/6 acima do mínimo legalmente previsto.

Precedentes: AgRg no HC n. 514.943/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 23/9/2019; AgRg no AREsp n. 1505515/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019; AgRg no

Superior Tribunal de Justiça

AREsp n. 1399287/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 24/5/2019.

Em relação ao patamar aplicado relativo à atenuante da confissão, para o acusado Adilmo, o nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6, em relação a atenuante, ou o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação da majorante, deve ser fundamentado. Precedentes: HC n. 398.362/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018; HC n. 398.613/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 28/6/2017; HC n. 395.749/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017.

No presente caso, na segunda fase da dosimetria, a pena foi reduzida, em razão da atenuante da confissão, em patamar inferior a 1/6, sem qualquer fundamentação concreta, devendo ser aplicada a referida fração.

Passo à readequação da pena.

ADILMO NASCIMENTO DE ANDRADE

Crime de Tráfico de drogas

Na primeira fase, em razão da quantidade e qualidade da droga, majoro a pena-base em 1/6, ficando em 5 anos e 10 meses e 583 dias-multa. Na segunda fase, havendo a atenuante da confissão, reduzo a pena em 1/6, ficando esta em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pela incidência da Súmula 231/STJ, que torno definitiva, em razão da ausência de causas de aumento e/ou

diminuição.

Aplicado o concurso material com o crime de associação para o tráfico (3 anos de reclusão e 700 dias-multa), fica a pena definitiva em 8 anos de reclusão e 1200 dias-multa.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena, com base no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes: AgRg no AREsp n. 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

No presente caso, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 8 anos de reclusão, pela prática do crime de tráfico e associação para o tráfico, a quantidade de entorpecente apreendido (116g de cocaína) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado. Precedentes: HC n. 312.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 8/11/2016, DJe 16/11/2016; HC n. 368.485/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016; HC n. 361.521/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 8/11/2016.

PATRÍCIA DE JESUS SANTOS

Crime de Tráfico de drogas

Na primeira fase, em razão da quantidade e qualidade da droga, majoro a pena-base em 1/6, ficando em 5 anos e 10 meses e 583 dias-multa, que

Superior Tribunal de Justiça

torno definitiva, em razão da ausência de agravantes e/ou atenuantes e causas de aumento e/ou diminuição.

Aplicado o concurso material com o crime de associação para o tráfico (3 anos de reclusão e 700 dias-multa), fica a pena definitiva em 8 anos e 10 meses de reclusão e 1200 dias-multa.

Ante o exposto, **reconsidero** a decisão agravada às e-STJ fls. 630/631 e, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "b", do RISTJ e na Súmula n. 568/STJ, **conheço** do agravo para **conhecer parcialmente** e, nessa parte, **negar provimento** ao recurso especial. **Concedo a ordem de *habeas corpus***, para aplicar o aumento da pena-base e o redutor da atenuante da confissão no patamar de 1/6, redimensionando a reprimenda do acusado ADILMO NASCIMENTO DE ANDRADE para 8 anos de reclusão e 1200 dias-multa, a ser cumprida em regime fechado, e da acusada PATRÍCIA DE JESUS SANTOS para 8 anos e 10 meses de reclusão e 1.200 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator