

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.364.859 - SP
(2018/0243346-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : ALEXANDRE FELICIANO RAMOS
ADVOGADOS : GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
AHMAD LAKIS NETO - SP294971
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

ALEXANDRE FELICIANO RAMOS agrava da decisão que não admitiu o seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0091273-85.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que o ora agravante foi condenado à pena de 10 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação dos arts. 33, § 4º, 35 e 42 da Lei n. 11.343/2006; 33, §§ 2º e 3º, e 59 do CP; e requer, em síntese: a) a absolvição no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas; b) a redução da pena-base; c) a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; d) a fixação de regime inicial mais brando.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual passo à análise do recurso especial.

I. Associação para o tráfico de drogas

A Corte estadual, ao manter a condenação do recorrente em relação ao crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, lembrou, inicialmente, que "Para a configuração do delito de associação ao tráfico (art. 35 da Lei de Drogas), não basta a reunião de agentes para a prática de uma só ação delituosa, circunstância apta a caracterizar apenas o concurso eventual de pessoas. Exige-se, para sua configuração, prova robusta de comparsaria marcada pelos atributos de **permanência e estabilidade**" (fl. 867).

E, depois de uma análise minuciosa dos elementos fático-probatórios amealhados aos autos e **a partir dessa linha de raciocínio**, concluiu (fl. 869):

O mesmo entendimento, contudo, não é possível quanto ao réu ALEXANDRE. Em que pesem as objeções levantadas pela dedicada defesa, os elementos de provas encartados nos autos demonstraram com segurança a responsabilidade criminal do acusado.

Repise-se que os relatos dos milicianos mostraram-se coerentes e dignos de credibilidade, não os desmerecendo as pequenas divergências existentes. Até mesmo porque nada de concreto se apurou a desqualificar seus testemunhos, que não poderiam ser tomados por suspeitos e apenas e tão somente em virtude da função que exercem quantidades e qualidades de drogas e de apetrechos apreendidos, somadas às provas orais, conduzem a manutenção do decreto condenatório por todos os crimes imputados ao réu na peça vestibular.

Faço lembrar que, considerando a expressão utilizada pelo legislador, de que a associação entre duas ou mais pessoas seja para o fim de praticar, **reiteradamente ou não**, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei de Drogas, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, **é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa**, conforme, aliás, já expressei no **HC n. 220.231/RJ**, de Rel. Ministro **Rogério Schietti**, julgado em 5/4/2016 (DJe 18/4/2016).

Assim, para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, é necessário que o *animus* associativo seja efetivamente provado. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas.

No caso, conforme visto, a Corte estadual – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou elementos concretos, constantes dos autos, que efetivamente evidenciam **a estabilidade e a permanência** exigidas para a configuração de crime autônomo, de maneira que não identifique nenhuma ilegalidade manifesta – tampouco ausência de fundamentação – no ponto em que houve a condenação do acusado pelo delito de associação para o narcotráfico.

Saliento, ademais, que qualquer outra solução que não a adotada pelas instâncias de origem implicaria o revolvimento do material fático-probatório amealhado aos autos, providência, consoante cediço, vedada em recurso especial, a teor do que enunciado na **Súmula n. 7 do STJ**.

II. Pena-base

No que tange à pretendida redução da pena-base, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não se deve furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve

considerar, ainda, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, as instâncias ordinárias consideraram devida a exasperação da reprimenda-base, em razão, especialmente, da elevada quantidade de drogas apreendidas e do "verdadeiro laboratório localizado" (fl. 937), a evidenciar que, nesse ponto, atuaram justamente em consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Registro, por oportuno, que os autos dão conta da apreensão de **14.934,0 g de maconha e de 16.981,0 g de cocaína** (fl. 653).

Faço lembrar que 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, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto, não vejo como acolher o pleito defensivo, **em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado**.

Vale dizer, uma vez que foram apontados **argumentos concretos e específicos dos autos** para a fixação da pena-base acima do mínimo legal – em consonância, aliás, com o disposto no **art. 42 da Lei n. 11.343/2006** –, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelo Tribunal de origem para, a pretexto de ofensa aos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do CP, reduzir a reprimenda-base estabelecida ao acusado.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**" (HC n. 122.184/PE, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 5/3/2015), situação que, no entanto, não verifico caracterizada nos autos.

III. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de

Drogas

Porque mantida a condenação do agravante pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, não há como reconhecer a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu favor.

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 de Drogas, 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.

Exemplificativamente: **HC n. 371.353/PI**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 16/12/2016; **HC n. 422.709/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 19/12/2017.

Ademais, conforme bem salientou a Corte de origem, além da elevada quantidade de drogas apreendidas (quase 15 kg de maconha e 16 kg de cocaína), foi apreendida **a importância de R\$ 10.155,00, além de cinco balanças de precisão, papel contendo anotações referentes ao tráfico de drogas, quatro aparelhos celulares, quatro facas e 1.000 tubos vazios** (fls. 937-938), circunstâncias que, somadas, reforçaram a conclusão de que o réu seria dedicado a atividades criminosas, especialmente ao narcotráfico.

Diante de tais considerações, fica afastada a apontada violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

IV. Regime inicial de cumprimento de pena

Por fim, diante do insucesso das teses defensivas que poderiam levar à redução da reprimenda, fica mantida a imposição do regime inicial **fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal (sanção superior a 8 anos de reclusão).

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e no

Superior Tribunal de Justiça

art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo e nego provimento ao recurso especial.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator