

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 507.278 - SP (2014/0094197-5)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MARCOS ROBERTO DE SOUZA
ADVOGADOS : LIDIA MARQUES DA COSTA ALVES E OUTRO(S)
WILLIAN FERNANDES CHAVES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha lavra ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA A COMPROVAÇÃO DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI ANTIDROGAS. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. CABÍVEL O REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL." (fl. 556)

Aduz, para tanto, que "[...] a decisão recorrida, ao considerar não estar comprovada a estabilidade entre as condutas do Agravante e do menor de idade com ele encontrado, **procedeu ao reexame de provas**, circunstância que configuraria a hipótese de incidência da Súmula nº 07/STJ" (fl. 572).

Alega que "[...] O recorrente **não indicou quais dispositivos que teriam sido violados**, tampouco demonstra de que forma o acórdão recorrido teria contrariado tratado ou lei federal, ou negado-lhes vigência" (fl. 573).

Por fim, sustenta que "[...] A inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 decorre da reincidência do réu e está em consonância com a jurisprudência pacificada do STJ" (fl. 573).

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 507.278 - SP (2014/0094197-5)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA A COMPROVAÇÃO DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI ANTIDROGAS. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que não só há necessidade da comprovação da estabilidade, mas também, da permanência na reunião dos sujeitos do delito, não podendo a simples associação eventual ser considerada para fins de configuração do crime descrito no art. 35 da Lei n.º 11.343/76. Absolvição que não demandou o reexame de provas, mas apenas sua reavaliação.

2. Sendo o Acusado reincidente – o que afasta o requisito da primariedade –, mostra-se incabível a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

3. À minguia de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A decisão agravada fundamenta-se nos seguintes termos:

"[...]

Ao condenar o Agravante pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o Tribunal de origem assim se manifestou:

"[...]

Pois bem. A **materialidade** dos crimes está comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 5/6, boletim de ocorrência de fls. 18/22, auto de exibição e apreensão de fls. 23/24, laudo de constatação de fls. 25, laudo de exame químico toxicológico de fls. 105/107, bem como pela prova oral amealhada aos autos.

A **autoria**, ao menos com relação ao apelado MARCOS ROBERTO DE SOUZA, igualmente é incontroversa, pois a prova oral produzida nos autos, aliada à prova indiciária, dá conta que MARCOS realmente exercia atividade ilícita de tráfico de drogas, isso em associação com o menor Claudemir.

Com efeito, em sede extrajudicial, MARCOS negou a prática delitativa (fls. 16/17). Já em Juízo, admitiu ter vendido certa quantidade de droga a um policial que retornou ao local cerca de duas horas depois, momento em que ele e Claudemir fugiram. Disse que durante

a fuga viu que FERNANDO – que estava trabalhando sobre a laje – fora baleado. Contou ter dispensado a sacola que continha droga sobre a laje. Observou, ainda, "que os policiais insistiram em prender Fernando já que ele havia sido baleado sem nada ter feito." (fls. 195/195).

[...]

Por outro lado, há nos autos elementos suficientes para embasar a condenação de MARCOS ROBERTO DE SOUZA. Efetivamente, a droga apreendida na laje pelo policial Luiz Paulo confirma a versão do acusado MARCOS de que dispensou a sacola com a droga naquele local. Ademais, a sacola foi vista na posse de MARCOS e do adolescente pela testemunha Anderson. E esta mesma testemunha e a testemunha Moisés presenciaram quando MARCOS e o adolescente fugiram da abordagem policial e subiram na laje onde FERNANDO trabalhava." (Fls. 422/426)

"[...] Com efeito, a prova dá conta de que o acusado e ora embargante, conforme consta do v. acórdão embargado, estava associado para o cometimento do tráfico de entorpecentes, com o adolescente infrator Claudemir Araújo dos Santos. Foram encontrados juntos no local dos fatos praticando a mercância." (Fl. 451).

Da leitura do acórdão recorrido, constata-se que o fundamento – "Foram encontrados juntos no local dos fatos praticando a mercância" – é idôneo apenas para demonstrar a existência de simples coautoria do delito previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06. A Corte de origem, de forma completamente equivocada, reconheceu a tipicidade do delito de associação para o tráfico, mesmo não estando comprovada a estabilidade entre as condutas do Agravante e do menor que foi encontrado no local em que houve a prisão em flagrante.

Esta Corte Superior, contudo, possui entendimento no sentido de que não só há necessidade da comprovação da estabilidade, mas também, da permanência na reunião dos sujeitos do delito, não podendo a simples associação eventual ser considerada para fins de configuração do crime descrito no art. 35 da Lei n.º 11.343/76.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI N. 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 46 DA LEI DE DROGAS. SEMI- IMPUTABILIDADE. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE INTEIRAMENTE CAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

3. No caso, as instâncias ordinárias, ao concluírem pela condenação dos pacientes em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fizeram referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas, devem ser absolvidos em relação ao delito de associação para o narcotráfico.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para absolver os pacientes em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006 (associação para o narcotráfico), mantida a condenação pelo crime positivado no artigo 33, caput, da Lei de Drogas, tornando a reprimenda, de cada um, definitiva em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Ainda, habeas corpus concedido, de ofício, também para que o Juízo das Execuções Criminais avalie o eventual preenchimento, pelos acusados, dos requisitos necessários à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como para que verifique a eventual possibilidade de imposição de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal." (*HC 108359/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013; sem grifos no original.*)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 3. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. 4. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. Para a incidência do tipo de penal previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 faz-se necessária a comprovação do vínculo associativo, de forma permanente e duradoura, e não apenas eventual, sendo fundamental que os agentes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. No caso, o Tribunal a quo ateu-se em justificar a prescindibilidade do vínculo de permanência e estabilidade, consignando apenas que os réus estavam juntos na mesma empreitada criminoso em associação eventual, enquanto que o Magistrado sentenciante absolveu o réu em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização.

[...]

6. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente." (HC 261468/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 09/04/2013; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI N.º 11.343/2006. ESTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no caput do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de 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.

2. 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 do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

[...]

3. Ordem denegada." (HC 245469/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 05/11/2012; sem grifos no original.)

Dessa forma, a absolvição do Agravante da imputação do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 é medida que se impõe.

De outra parte, para negar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, o Tribunal a quo apresentou o seguinte fundamento:

"[...]

Na terceira fase, anota-se não ser aplicável a causa de

Superior Tribunal de Justiça

diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2007, em face da reincidência do apelado." (Fl. 426)

Como se vê, sendo o Agravante reincidente – o que afasta o requisito da primariedade –, mostra-se incabível o pedido de aplicação da minorante. Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. ALTERAÇÃO DA PENA BASE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM ENTENDIMENTO DO STJ. SÚM. 83/STJ. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INFORMAÇÕES DO PROCESSO QUE TRAMITOU NO EXTERIOR PARA COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, mostra-se impossível a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ao réu reincidente, pois a primariedade é um dos requisitos para a aplicação da referida benesse.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 489.100/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI ANTIDROGAS. TRÁFICO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. Na hipótese dos autos, as instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena ao paciente em razão da reincidência, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, pois a primariedade é um dos requisitos para a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

[...]

6. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp

Superior Tribunal de Justiça

1405503/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 28/03/2014; sem grifos no original.)

Por fim, como a pena para o crime de tráfico de drogas foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, e considerando que o Réu é reincidente, resta fundamentada a fixação do regime mais gravoso – o fechado –, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4.º, inciso II, alínea c, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, CONHEÇO do agravo e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para absolver o Agravante da imputação do art. 35 da Lei n.º 11.343/06." (Fls. 557/562)

Inicialmente, esclareço que para absolver o Acusado da imputação do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 não foi necessário o reexame de provas, pois o acórdão recorrido expôs suficientemente a situação a ser considerada, bastando, assim, apenas a reavaliação probatória e a análise de matéria de direito.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RÉU CONDENADO, EM 1º GRAU, PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONSUMADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA, PARA RECONHECER A FORMA TENTADA DO DELITO. RECURSO ESPECIAL, INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVALORAÇÃO DE FATOS INCONTROVERSOS NOS AUTOS. PROVIMENTO. DELITO CONSUMADO. REEXAME DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

IV. A decisão impugnada não reexaminou o conjunto fático-probatório - providência vedada, em sede de Recurso Especial, pela Súmula 07/STJ -, tendo realizado apenas a reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação de fatos incontroversos nos autos.

V. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no REsp 1329940/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 30/09/2013; sem grifos no original.)

"RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRONÚNCIA. POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOLO EVENTUAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA HOMICÍDIO CULPOSO - ARTIGOS 302 E 303 DA LEI N. 9.503/97. ADEQUAÇÃO DO FATO À NORMA JURÍDICA PERTINENTE. POSSIBILIDADE NA FASE DE PRONÚNCIA. ELEMENTO VOLITIVO NÃO CARACTERIZADO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ARTS. 18, I, E 413 DO CPP. EXEGESE.

1. De ressaltar, desde logo, que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser possível a reavaliação jurídica dos fatos

Superior Tribunal de Justiça

delimitados nas instâncias inferiores, que não se confunde com reexame de provas vedado pelo Enunciado n. 7/STJ.

[...]

14. Recurso especial a que se nega provimento. " (REsp 1327087/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 11/11/2013; sem grifos no original.)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. CONEXÃO. REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVAS. DISTINÇÃO.

I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica o vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes).

[...]

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. " (REsp 979.639/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 01/09/2008; sem grifos no original.)

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É o voto.