



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.441 - RJ (2010/0158365-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JARDEL DE PAULA OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 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 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 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

3. As instâncias de origem, tendo reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que a reunião do paciente com os demais corréus seria estável e permanente, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que vai ao encontro da interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/06. EXCLUSÃO OU APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. APONTADO *BIS IN IDEM*. APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Inviável a incidência da menor fração legalmente prevista relativa à majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva -, pois restou comprovado que foram encontradas em poder da associação duas pistolas, três granadas, uma escopeta, munições e explosivos, circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que bem revelam a impossibilidade de aplicação da menor fração prevista em lei.

2. Não se verifica, no caso em apreço, a ocorrência do alegado *bis in idem* diante da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06 aos delitos de associação - previsto no art. 35 da Lei de Drogas - e de tráfico de substância entorpecente - disposto no art. 33 da mesma legislação -, porquanto cuidam-se de crimes autônomos, cujas penas são fixadas e calculadas de forma separada, de tal sorte que o próprio artigo retromencionado autoriza a elevação da reprimenda na terceira fase da fixação da pena no montante de um sexto a dois terços em relação a quaisquer dos crimes relacionados entre os arts. 33 e 37 da legislação em apreço.

PENA-BASE. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE RELATIVA DO PACIENTE. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre a aventada diminuição da reprimenda do paciente aquém do mínimo legal pelo reconhecimento da menoridade relativa, tendo em vista que não foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir:

RETIFICAÇÃO DE PROCLAMAÇÃO DE RESULTADO DE JULGAMENTO:

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.441 - RJ (2010/0158365-0)

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JARDEL DE PAULA OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JARDEL DE PAULA OLIVEIRA indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal nº 0362431-14.2008.8.19.0001).

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, pela prática das condutas dispostas nos arts. 33 e 35, c/c art. 43 e 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/06.

Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação criminal, tendo a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, negado provimento ao reclamo defensivo e dado provimento ao apelo ministerial para majorar a reprimenda do paciente para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantidas, no mais, as conclusões da sentença.

Sustenta a impetrante que o paciente é vítima de constrangimento ilegal ao argumento de que o fato narrado na denúncia não corresponde ao delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, porquanto a referida legislação não pretende punir o mero concurso eventual de pessoas, mas sim, uma efetiva associação, com estabilidade e permanência, circunstâncias estas que não estariam demonstradas nos autos.

Defende que *"não se justifica a pena base fixada acima do mínimo legal, mormente porque na sentença foi reconhecida a primariedade do paciente"* (e-STJ fls. 5) e que reduzida a sua reprimenda, impõe-se a diminuição aquém do mínimo legal em razão da presença da atenuante da menoridade relativa.

Aduz a ilegalidade da incidência da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, pois o crime não teria sido praticado mediante violência ou grave



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ameaça e nem com o uso de armas, bem como a desproporcionalidade do aumento procedido na fração de 1/3 (um terço), já que os referidos instrumentos estavam guardados no interior de um cesto de roupa.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a atipicidade da conduta do paciente em relação ao crime de associação para o tráfico, seja afastada a causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, bem como seja reduzida a sua reprimenda aquém do mínimo legal pelo reconhecimento da menoridade relativa.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 7 a 64), sendo prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 80 a 82), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (e-STJ fls. 83 a 117).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo parcial conhecimento do *writ* e, nessa parte, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.441 - RJ (2010/0158365-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente no que diz respeito ao delito de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006.

Extrai-se da peça acusatória as seguintes passagens:

"Desde o início do mês de outubro de 2008, o serviço reservado do 16º BPM, vem coletando informações sobre o envolvimento do tráfico de drogas na Comunidade Kelsons, onde as informações apontava, para a pessoa de vulgo 'Criam' como o 'dono' do tráfico de drogas, e, 'Jardel', como seu gerente.

Assim, no dia 31 de outubro de 2008, por volta das 13h00min, os Policiais Militares do 16º BPM receberam informações de que os traficantes de vulgo 'Criam', 'Dando' e Jardel estariam escondidos em uma casa, localizada na Rua Barão de Mauá, nº 39, Favela Kelsons.

Os Policiais Militares, então, se dirigiram para o local indicado pelo serviço reservado, ou seja, Rua Barão de Mauá, casa nº 39, onde fizeram um cerco. O Soldado Ismael e o Sargento Ernevaldo Pereira avistaram o denunciado Alexsandro, vugo 'Dando', sobre a laje da referida casa, o qual ao perceber a movimentação dos milicianos se refugiou no interior da mesma.

Em seguida, o Sargento Ernevaldo Pereira abordou o denunciado Eliezer, vulgo 'Criam', ao mesmo tempo em que o Soldado Ismael adentrava na casa e rendia o primeiro e o terceiro denunciados, os quais, após a rendição de Eliezer ('Criam') resolveram se entregar sem oferecer resistência.

Em poder do segundo denunciado ('Criam') foi encontrada uma Pistola, marca Taurus, com a numeração raspada, calibre 40, municida com 11 projéteis, bem como uma mochila, a qual continha 1278 (mil duzentos e setenta e oito gramas) de cocaína e duas granadas.

Em um cesto de roupas de plástico, no interior do quarto da casa, os Policiais encontraram uma escopeta, calibre 12, municida com 4 cartuchos; uma Pistola marca Taurus, municida com 5 cartuchos; 26 munições calibre 40; 12 cartuchos de calibre 9 mm; 2 rádios transmissores e uma granada de fabricação caseira.

A materialidade delitiva está demonstrada pelo Auto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apreensão de fls. 5/7 e laudo prévio de fls. 04.

As circunstâncias da prisão e a considerável quantidade apreendida, estão a indicar que o segundo denunciado, trazia consigo, e os demais, guardavam, substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, destinada à mercancia. As investigações também demonstraram que o tráfico de drogas na Favela Kelsons, mantém uma estrutura bem definida quanto à atividade de cada um dos seus membros. No topo está o denominado 'dono da favela', aqui representado pelo segundo denunciado, tendo como gerente, o terceiro denunciado.

A presença de grande quantidade de drogas, armas, explosivos, radiotransmissores e munições, indicam uma perfeita associação criminosa para o comércio de substância entorpecente entre os denunciados, estando os três vinculados entre si, de forma permanente e estável, ajustados para a realização de um objetivo comum, ou seja, à prática delitiva prevista no artigo 35 da referida Lei. É certo, ainda, que os crimes foram perpetrados mediante o emprego de armas" (e-STJ fls. 7 a 9).

Após regular instrução, o paciente restou condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, combinados com os artigos 43 e 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/2006.

Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação criminal, tendo a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, negado provimento ao reclamo defensivo e dado provimento ao apelo ministerial para majorar a reprimenda do paciente para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantido, no mais, as conclusões da sentença.

No presente *mandamus*, insiste-se na não configuração da infração penal disposta no artigo 35 da Lei 11.343/2006, ao argumento de que não teria restado comprovado o vínculo psicológico para a prática de delitos por tempo indeterminado, aduzindo-se que a associação do paciente com os demais corréus seria eventual, inexistindo ajuste prévio que pudesse revelar a vontade dirigida à formação de sociedade com o fim específico de traficar.

A impetração, todavia, não merece acolhida quanto ao ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, é imperioso ressaltar que a pretensão contida no *writ* não demanda a incursão em matéria fático-probatória, o que seria inviável na via eleita.

Isso porque não se trata de examinar se no caso concreto a associação para o tráfico seria ou não eventual, mas sim de analisar se as conclusões a que chegaram o magistrado singular e o Tribunal de origem após examinar o conjunto de provas constante dos autos se coadunam com o entendimento doutrinário e jurisprudencial referente aos requisitos necessários à configuração do delito em comento.

Para tanto, cumpre trazer à baila a redação do artigo 35 da Lei 11.343/2006, que descreve a infração penal em exame:

*"Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei."*

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.

Samuel Miranda Arruda bem esclarece a questão:

*"O legislador, ao descrever o tipo penal, exigiu apenas que os associados tivessem o fim de praticar 'reiteradamente ou não' qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1.º, e 34 da Lei. Surge, portanto, a questão de saber se este crime, ao exemplo do de formação de quadrilha, demanda também certa estabilidade e continuidade da associação. É que uma interpretação literal da norma pode conduzir à conclusão de que não é necessária uma união duradoura entre os associados, bastando que tenha havido um concurso eventual de desígnios: a reunião de esforços para a prática de um único crime isolado.
Na vigência da Lei 6.368 essa questão se tornava ainda*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais difícil, pois conviviam duas normas bastante assemelhadas: o artigo 14, que tipificava a associação para o tráfico, e o dispositivo previsto no artigo 18, III, que considerava como causa de aumento de pena haver o crime decorrido de 'associação'. Ora, mas se a 'associação' já era punida como crime autônomo, nos termos do artigo 14, como considerá-la simultaneamente uma causa de aumento de pena?

Surgiu assim o entendimento de que o delito de associação para o tráfico requeria o animus de integrar uma sociedade criminosa, com certa estabilidade, havendo um propósito duradouro de manter uma parceria para a prática do tráfico de drogas. A reunião esporádica de agentes, com a finalidade de praticar um crime certo e determinado, dava ensejo apenas à majoração da pena, nos termos do artigo 18, inc. III." (Drogas. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Método, 2007, p. 76).

E continua, tratando do tema já sob a óptica da Lei 11.343/2006:

"A Lei 11.343 não prevê mais causa de aumento de pena para os casos em que o crime é praticado em concurso. E voltou a consignar, expressamente, que a associação para o tráfico perfaz-se com a reunião dos agentes, não exigindo que tenham o fim reiterado de praticar os crimes. Indaga-se: é possível considerar consumado o delito quando houver concurso de agentes para a prática de um único delito de tráfico, sem que haja o animus de manutenção da parceria? Continuamos entendendo que o tipo penal exige a estruturação de uma pequena sociedade criminosa. Não para a prática de um crime certo, mas sim com o propósito de traficar drogas com certa habitualidade ou pelo menos com o propósito de manter em funcionamento uma associação criminosa. É até possível que os associados pratiquem apenas um único crime, ou nem mesmo cheguem a cometer infração penal, mas é imprescindível que esteja presente a intenção de manter o vínculo entre os membros da organização." (Op. cit., p. 77).

Por sua vez, ao interpretar o núcleo do tipo inserto no artigo 35 da Lei de Drogas, Guilherme de Souza Nucci destaca a necessidade de prova de estabilidade e permanência da associação criminosa:

"Associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1.º, e 34 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes. (...) Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa." (Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 365).

O citado doutrinador, prossegue, ao cuidar do elemento subjetivo do tipo, aduzindo que se exige o *"elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum."* (Op. cit., p. 366).

No mesmo sentido, Renato Marcão afirma que:

"Não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável." (Tóxicos. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. Anotada e Interpretada. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227).

Podem ser citadas, também, as posições de Carlos Roberto Bacila, para quem há *"necessidade de caracterização da estabilidade da associação, conforme já se manifestaram doutrina e o STF e o STJ"* (Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 135), de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, que asseveram que o crime de associação se consuma *"no momento em que duas ou mais pessoas se ligam com ânimo de permanência e estabilidade para o fim de cometer crimes descritos nos artigos 33, caput, 33, § 1º e 34 da Lei 11.343/06"* (Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79), e de Edemur Ercílio Luchiani e José Geraldo da Silva, que lecionam que *"a configuração do delito depende da associação estável e permanente"*, sendo que se for *"ocasional e transitória, estará caracterizado o concurso eventual de agentes."* (Comentários à Lei 11.343/06. Campinas: Millennium, 2007, p. 57).

Em arremate, merece menção a advertência feita por Luiz Flávio Gomes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.

"A lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação fosse eventual (sem estabilidade), é dizer, mero concurso de agentes. A atual aboliu essa majorante, mudança que deve retroagir em benefício do agente, alcançando fatos pretéritos, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada (art. 2.º, parágrafo único, do CP). Nem se diga que, agora, a mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo da associação para o tráfico (antigo art. 14, agora art. 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula 'reiteradamente ou não', somente significa que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções) punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora do crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo." (Lei de Drogas Comentada. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 208/209).

Pois bem. A peça acusatória, no que diz com o delito de associação para o tráfico, narrou que as investigações realizadas demonstraram que o paciente gerenciava um grupo responsável pela difusão de grande quantidade de drogas e armamentos, descrevendo uma estrutura bem definida das funções de cada um dos seus membros para a atuação reiterada da traficância na região, ou seja, trouxe diversos elementos e fatos que indicariam que tal reunião não seria ocasional.

Tanto é assim que o Juízo monocrático, ao proferir o édito condenatório, assim concluiu:

"Relativamente ao ilícito previsto no artigo 35, da lei específica, definido como associação para fins de tráfico, forçoso admitir, indubitavelmente, que as provas inseridas no ventre dos autos, recrutadas sob o crivo do contraditório, revelam o animus associativo dos acusados, de forma duradoura e estável, como figura integrante do tipo referido. [...].

Em comentários inseridos na obra Nova Lei de Drogas, da Lumen Juris Editora, os festejados autores Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues assim se posicionaram acerca do conteúdo do artigo 35, ora objeto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reflexão:

'A associação é a reunião de duas ou mais pessoas que tenham a vontade de se aliarem de maneira permanente e com certo grau de estabilidade. Na associação, exige-se vínculo subjetivo entre os participantes, no sentido da intenção de praticarem os fatos criminosos descritos no artigo 35, caput, com uma percepção de que há uma união de aparente durabilidade. Objetivamente os elementos do crime de associação podem ser fatiados em quatro: a) duas ou mais pessoas; b) acordo prévio dos participantes; c) vínculo associativo duradouro; d) finalidade de traficar drogas.' (páginas 79/80).

Em cotejo com o que foi dito, considero relevante trazer à liça os argumentos expendidos pelo Ministério Público, nas fls. 282/283, das alegações finais: 'Ademais, a presença de grande quantidade de drogas, armas, explosivos, rádios transmissores e munições, indicam uma perfeita associação criminosa voltada para o comércio de substância entorpecente entre os denunciados, estando os três vinculados entre si, de forma permanente e estável, ajustados para a realização de um objetivo em comum, ou seja, a prática reiterada do crime definido no artigo 33 da Lei de Tóxicos, o que caracteriza a prática delitiva prevista no artigo 35 da referida Lei, com a causa de aumento relativa ao emprego de armas'. Mais adiante, afirma (fl. 285): 'As circunstâncias da prisão e a considerável quantidade de droga apreendida estão a indicar que os denunciados estavam associados entre si e com os demais traficantes da Favela Kelsons, exercendo, cada um, papel de destaque na organização criminosa'.

Insta destacar que, pelo trabalho de investigação levado a efeito, apurou-se que os acusados desenvolviam o nefasto comércio de drogas na comunidade denominada Kelsons, cada qual com atribuição de destaque. Tanto isso é verdade, que foram eles surpreendidos no momento em que estavam juntos, dentro de um cômodo, com mais de um quilo de cocaína, quatro armas de fogo, granada, munições, rádios comunicadores, fita adesiva, tudo apreendido e regularmente periciado, conforme se depreende do auto de apreensão de fls. 05/07 e laudos periciais constantes de fls 140/152, 155/173, 178, 179 e 286" (e-STJ fls. 22 a 24).

Esta compreensão foi mantida pela Corte a quo ao julgar o recurso de apelação interposto:

"Descabida, ainda, a arguição de ausência de prova do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vínculo associativo entre os agentes, de modo a descaracterizar a presença de elementar para configuração do tipo do artigo 35, da Lei 11.343/06.

Ao contrário, todos os elementos de convicção colhidos nos autos evidenciam a existência de prévio ajuste e conluio duradouro, não sendo a reunião dos acusados ocasional, o que, por si só, tipifica o delito, vez que, tratando-se de crime formal, desnecessário se torna o efetivo cometimento de qualquer outro crime, inclusive o próprio tráfico.

Sobre o assunto, destaco o seguinte trecho das contrarrazões ministeriais:

'Como visto, a partir dos informes anteriormente obtidos, os policiais militares flagraram os réus dentro de um mesmo cômodo, com as drogas, armas e demais objetos já salientados. Extremamente artificiais, portanto, as assertivas veiculadas nos interrogatórios no sentido de que os acusados sequer se conheciam (fls. 185/192). Por acaso querem os réus convencer de que estavam juntos no interior de um cômodo com farta quantidade de drogas e armas em razão de uma obra do destino? Nada mais absurdo! É, portanto, de clareza solar a consideração de que os acusados desempenhavam, associados, a atividade do tráfico na região. Não se pode esquecer, de acordo com os depoimentos dos policiais militares, que o réu Eliezer, vulgo 'criam', foi identificado como o responsável maior pelo tráfico da comunidade (fls. 194), sendo certo que Alexssandro, vulgo 'danda' ou 'dando', seria egresso na quadrilha que explorava o tráfico no Morro da Mangueira, tendo vindo para a comunidade de Kelson para 'reforçar' a quadrilha (fl. 194). Evidente, ainda, que o réu Jardel também integrava a referida associação criminosa, até mesmo em razão das circunstâncias de sua prisão' (fls. 437).

[...].

Nesse passo, forçoso concluir que a grande quantidade de drogas, armas, explosivos, rádios transmissores e munições apreendidas em poder dos acusados evidenciam a associação criminosa entre eles para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, estando os três vinculados entre si, de forma permanente, e ajustados para a realização de um objetivo comum, cada qual com papel de destaque na organização criminosa.

A decisão ora atacada, portanto, não merece qualquer reparo, posto que bem ponderou as provas havidas quanto à materialidade dos delitos narrados na denúncia e a autoria imputada aos denunciados". (e-STJ fls. 56 a 59).

Constata-se, por conseguinte, que as instâncias de origem, tendo reconhecido que a reunião do paciente com os demais corréus seria estável e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permanente, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que vai ao encontro da interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

Com efeito, havendo diversos elementos que comprovem o vínculo associativo permanente e estável, não há que se falar em absolvição pelo delito de associação para o tráfico.

A propósito, este é o entendimento da Quinta Turma deste egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A ASSOCIAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006.

I - O tipo previsto no artigo art. 35 da Lei nº 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 da norma referenciada. Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo.

(...)

Recurso parcialmente provido para fixar o regime inicial aberto para resgate da reprimenda imposta ao recorrente.

(REsp 1113728/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 14 DA LEI 6.368/76. ÂNIMO ASSOCIATIVO. MATERIALIDADE. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. CONFIGURAÇÃO DE MAIS DE UM DELITO. POSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO A MAIS DE UM GRUPO. SOCIETAS SCELERIS. CRIME ÚNICO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O crime de associação para o tráfico (art. 14) se consuma com a associação de 2 ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 da Lei 6.368/76. Para tanto, necessário o ânimo associativo, isto é, a vontade consciente de se associar permanentemente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros visando o tráfico.

(...)

5. Ordem não conhecida.

(HC 146.449/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010)

O Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Lei 6.368/1976, adotou idêntica orientação, distinguindo a associação para o tráfico, em que exige estabilidade ou permanência, do concurso de pessoas, que pode ser eventual:

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". TRAFICO DE ENTORPECENTES: CONCURSO DE AGENTES. "EMENDATIO LIBELLI": PACIENTE DENUNCIADO PELOS ARTS. 12 E 14 DA LEI DE TÓXICOS (N. 6.368/76) E CONDENADO PELOS SEUS ARTS. 12 E 18. FLAGRANTE PREPARADO. NULIDADES. 1. Ocorre "emendatio libelli" (CPP, art. 383) e não "mutatio libelli" (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelo crime de formação de quadrilha e condenado apenas com a agravante do concurso eventual de delinquentes. O art. 14 da Lei de Tóxicos prevê o crime autônomo de quadrilha ou bando, cujo tipo exige associação estavel e permanente ("societas delinquendi") e corresponde ao art. 288 do CP; o art. 18, III, da mesma Lei prevê a agravante no caso de concurso eventual de pessoas ("societas criminis") e corresponde ao art. 62 do C.P. Ambas as hipóteses contêm explicitamente a circunstancia elementar do crime praticado com associação de delinquentes, estavel ou eventual. Descrevendo a denuncia pluralidade de agentes, improcede a alegação de surpresa para a defesa, porque o réu deve se defender dos fatos narrados da denuncia e não da capitulação legal que a denuncia deu ao delito. (...) 3. "Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.

(HC 72674, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 03-05-1996 PP-13900 EMENT VOL-01826-02 PP-00310)

Portanto, havendo nos autos elementos de prova aptos a comprovar que o paciente e os demais denunciados teriam o dolo de se associar com estabilidade ou permanência, e estando essas condições expressamente consignadas na sentença condenatória e no acórdão que a confirmou, resta caracterizado o delito de associação para o tráfico, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal quanto ao ponto.

No que se refere à pretendida exclusão da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06 ou a sua aplicação na fração mínima, o juiz sentenciante entendeu devida a majoração da pena-base em 1/6 (um sexto), isto é, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, pois *"não há dúvida sobre a incidência do aumento de pena de que cogita o indigitado artigo 40, IV, da Lei de Drogas. Descrito na denúncia, de igual forma, resultou positivado com a apreensão de inúmeras armas de fogo, incluindo-se uma granada"* (e-STJ fl. 24).

O Tribunal impetrado, por seu turno, entendeu por aumentar a fração estabelecida em razão dessa causa especial de elevação da reprimenda para 1/3 (um terço), porquanto constatou que *"em que pese haver apenas uma causa de aumento de pena, o fato é que a diversidade e quantidade de armas apreendidas com os réus indicam maior periculosidade da conduta, o que justifica a exasperação da pena em patamar superior à fração mínima. O alto poder bélico em serviço ao tráfico está a exigir maior juízo de reprovação, razão pela qual entendo razoável o aumento de um terço pela incidência da majorante"* (e-STJ fls. 59).

E, assim decidindo, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que procedeu o aumento da fração imposta em razão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, porquanto fundamentado no alto grau de reprovabilidade da conduta, tendo em vista que restou comprovado que foram encontradas em poder da associação duas pistolas, três granadas, uma escopeta, munições e explosivos, circunstâncias que bem revelam a necessidade de se afastar a majoração da sua fração mínima prevista em lei.

Além disso, ao contrário do sustentado da impetração, não se verifica, no caso em apreço, a ocorrência do alegado *bis in idem* diante da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06 aos delitos de associação - previsto no art. 35 da Lei de Drogas - e de tráfico de substância entorpecente - disposto no art. 33 da mesma legislação -, porquanto cuidam-se de crimes autônomos, cujas penas são fixadas e calculadas de forma separada, de tal sorte que o próprio artigo retromencionado autoriza a elevação da reprimenda na terceira fase da fixação da pena no montante de um sexto a dois terços em relação a quaisquer dos crimes relacionados entre os arts. 33 e 37 da legislação em apreço, nos seguintes termos:

"Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva"

Por fim, da leitura do acórdão objurgado, verifica-se que a questão referente à diminuição da reprimenda aquém do mínimo legal pelo reconhecimento da menoridade relativa do paciente não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre este tópico, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância.

Ressalte-se que a apelação criminal interposta pela defesa não veiculou, em suas razões, qualquer inconformismo relativo à apontada nulidade do reconhecimento dos acusados, cingindo-se a requerer a absolvição do paciente por insuficiência de provas, consoante se verifica da cópia da peça processual constante às fls. e-STJ 35 a 42.

Como é cediço, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o **iter procedimental** - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.)

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício.

O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (op. cit. p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado por analogia permitida no art. 3º do Código de Processo Penal, devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, *que se restringe aos limites da impugnação* (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício), o Tribunal impetrado não tratou da questão mencionada - redução da pena abaixo do mínimo legal em razão da atenuante da menoridade relativa -, mormente porque se encontra no âmbito de uma das inúmeras possíveis teses defensivas, que devem, por óbvio, ser arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, observando-se o indispensável contraditório.

Inviável, pois, o exame da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de configuração da indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009).

Ante o exposto, **conhece-se parcialmente** do presente *writ* e, nesta extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0158365-0

HC 183.441 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080013606985 3624311420088190001

EM MESA

JULGADO: 04/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JARDEL DE PAULA OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0158365-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.441 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080013606985 3624311420088190001

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JARDEL DE PAULA OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

RETIFICAÇÃO DE PROCLAMAÇÃO DE RESULTADO DE JULGAMENTO

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.