



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.428 - SP (2012/0195795-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : LUCIANA APARECIDA DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : LUIS HURTADO ORTIZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. RECLAMO NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO POR ESTE SODALÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Tendo a instância de origem reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que a reunião do paciente com os demais corréus seria estável e permanente, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal quanto ao ponto.
4. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no *writ*, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.
5. *Writ* não conhecido.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.428 - SP (2012/0195795-6)

IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : LUCIANA APARECIDA DOS SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : LUIS HURTADO ORTIZ (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUIS HURTADO ORTIZ, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento da Apelação n. 0009359-81.2007.4.03.6179/SP.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 582 (quinhentos e oitenta e dois) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, todos da Lei 11.343/2006, tendo sido absolvido do ilícito previsto no artigo 35 do referido diploma legal.

Irresignados, defesa e acusação apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para majorar a reprimenda imposta ao paciente quanto ao crime de tráfico de drogas, bem como para condena-lo à sanção de 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão, além do pagamento de 1000 (mil) dias-multa, pelo cometimento do delito de associação para o tráfico de drogas.

Sustentam os impetrantes que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não poderia prosperar a sua condenação pelo ilícito disposto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, porquanto ausente a comprovação do vínculo associativo permanente e estável.

Requerem a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal em tela com relação ao delito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 34.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ fls. 46/47 e 100/101), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 126/129, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.428 - SP (2012/0195795-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal em que o paciente restou condenado pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, ante a alegada ausência de comprovação de vínculo associativo estável e permanente entre os acusados.

Prefacialmente, cumpre assinalar que o pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o recurso especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o conseqüente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de praticar os crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, extraído-se da peça acusatória os seguintes trechos:

"(...) No dia vinte e dois de novembro de 2007, por volta de 18h30min, no saguão do Terminal de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, a primeira denunciada ELVIRA DURAN VEIGA aguardava para fazer check-in para embarque no voo TP 188, para a cidade de Lisboa/Portugal, tendo como destino final Madri/Espanha, perante a empresa aérea TAP, quando foi abordado para verificação por Agente da Polícia Federal, Sílvio Luiz Bezerra, que se encontrava realizando vistoria em passageiros no saguão do TRSII do aeroporto e considerou seu comportamento estranho, sendo que em entrevista suspeitou que a primeira denunciada transportava substância ilícita. A denunciada ELVIRA DURAN VEIGA estava acompanhada dos denunciados FRANCY DIEZ HURTADO e LUIS HURTADO ORTIZ. Conduzida a primeira denunciada, ELVIRA DURAN VEIGA, e informada sobre os benefícios da delação premiada, a mesma afirmou que os seus acompanhantes tinham participação no tráfico de drogas em realização, sendo que FRANCY DIEZ HURTADO fixou a droga em seu corpo e LUIS HURTADO ORTIZ foi responsável por trazer a droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Bolívia.

A primeira denunciada ELVIRA DURAN VEIGA informou que os três viajaram no voo TAM 3592, de 19/11/07, proveniente de Corumbá/MS.

Registrou que os denunciados estavam hospedados no Hotel São Sebastião, sendo que ELVIRA DURAN VEIGA ficou hospedado no quarto 106, onde FRANCY DIEZ HURTADO fixou a substância em seu corpo.

Ainda, a denunciada ELVIRA DURAN VEIGA reconheceu o boliviano que lhe entregou a droga para transportar para a Espanha na fila do check-in, informando que o mesmo também esteve hospedado no quarto 106, do Hotel São Sebastião, bem como informou que mais alguém a acompanharia no voo para observá-lo, pessoa essa que teria desembarcado no Brasil no dia anterior aos fatos (21/11/07).

Assim, Agente da Polícia Federal abordou o quarto denunciado, apontava como fornecedor da substância, ESTEVAN VARGAS ANZOATEGUY, e seu acompanhante, o quinto denunciado, MASSIMO GUARNERI, na fila do check-in. Após prestar informações falsas, o quarto denunciado, ESTEVAN VARGAS ANZOATEGUY, confirmou a informação de que estava hospedado no apartamento 106, do Hotel São Sebastião.

O Agente verificou que o quinto denunciado, MASSIMO GUARNERI, havia desembarcado no dia anterior proveniente da Bolívia e seria o responsável por embarcar no mesmo voo da primeira denunciada, ELVIRA DURAN VEIGA, para observar seu comportamento no voo e recebê-lo na Espanha.

Já na Delegacia, para onde foram conduzidos os cinco denunciados, na presença de testemunha, foi encontrada fixada no corpo da primeira denunciada, ELVIRA DURAN VEIGA, substância com resultado positivo para cocaína que totalizou massa bruta de 4.780 g (quatro mil setecentos e oitenta gramas) e massa líquida de 4.200g (quatro mil e duzentos gramas), lacrada sob lacre nº 002180-SETEC/DPF/SP e 002165-SETEC/DPF/SP, conforme laudo de apreensão e apresentação de fls. 23/25.

Moacir de Moraes, primeira testemunha, confirmou a declaração do policial Silvio, afirmando ter presenciado o testemunho da primeira denunciada ELVIRA para receber os benefícios da delação premiada, o procedimento de revista realizado, a descoberta da substância, o teste preliminar da mesma e seu resultado positivo para cocaína.

A segunda testemunha, Renata Costa da Silva, também confirma todo o declarado pelo Agente Silvio, afirmando ter presenciado o testemunho da primeira denunciada ELVIRA para receber os benefícios da delação premiada, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento de revista realizado, a descoberto da substância, o teste preliminar da mesma e seu resultado positivo para cocaína.

A segunda denunciada, FRANCY, afirmou em interrogatório apenas que estava Hospedada no Hotel São Sebastião. Já ESTEVAN, o quarto denunciado, confirmou que estava hospedado no Hotel São Sebastião e registrou que o quinto denunciado, MASSIMO, é namorado de sua filha e teria viajado para lhe entregar dinheiro.

O quinto denunciado, MASSIMO, informou que estava hospedado no hotel Rivolli, que embarcaria para Espanha no voo TAP 188, o mesmo da primeira denunciada, que veio ao Brasil para trazer US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) a ESTEVAN, fazendo uso do direto constitucional de permanecer em silêncio em seguida.

Lista de passageiros confirmou que os quatro primeiros denunciados viajaram juntos no voo TAM 3592, de 19/11/07 (fls. 63/66), de Corumbá/MS para São Paulo/SP.

Conforme Laudo Preliminar de Constatação de fls. 37, o exame da substância encontrada resultou positivo para cocaína.

Considerando as circunstâncias verificadas nestas peças de inquérito policial, restando comprovada a MATERIALIDADE do delito, conforme Laudo de Constatação acostado às fls. 37, dando conta de tratar-se da substância entorpecentes cocaína, e que resta suficientemente demonstrada a AUTORIA do crime capitulado no art. 33 c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, perpetrado pelos cinco denunciados, flagrados no momento em que tentavam embarcar a substância entorpecente afixada no corpo da primeiro conduzida em voo internacional da TAP para Portugal, tendo como destino final a Espanha, verificam-se suficientemente presente as razões que justificam a instauração da competente ação penal em face dos denunciados.

Em razão da forma que FRANCY DIEZ HURTADO, LUIS HURTADO ORTIZ, ESTEVAN VARGAS ANZOATEGUY E MASSIMO GUARNERI concorrem para realização do delito, verificou-se também a prática de crime previsto no art. 35 c/c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06. (...)" (e-STJ fls. 11/13).

Sobreveio sentença na qual o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 582 (quinhentos e oitenta e dois) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, todos da Lei 11.343/2006, tendo sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolvido do ilícito previsto no artigo 35 do referido diploma legal.

Irresignados, defesa e acusação apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para majorar a reprimenda imposta ao paciente quanto ao crime de tráfico de drogas, bem como para condena-lo à sanção de 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão, além do pagamento de 1000 (mil) dias-multa, pelo cometimento do delito de associação para o tráfico de drogas, tendo o aresto restado assim resumido:

"PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE REDUZIDA EM RELAÇÃO A UM DOS APELANTES. MANTIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO PARA A UMA DAS ACUSADAS. REDUZIDO O PATAMAR DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, I, DA LEI 11343/2006. MANTIDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Os acusados foram denunciados como incursos nas sanções dos artigo 33, caput, 35 c.c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

2. Materialidade e autoria dos crime suficientemente demonstrados nos autos. Mantida a condenação dos acusados Estevan Vargas Anzoateguy e Massimo Guarneri, como incursos nos crimes tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico e Elvira Duran Veiga apenas pelo tráfico de drogas. Mantida a condenação dos acusados Francy Diez Hurtado e Luis Hurtado Ortiz pela tráfico de entorpecentes e de rigor a condenação de ambos pelo crime de associação.

3. Dosimetria da pena.

3.1. Francy Diez Hurtado. Majorada a pena privativa para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e reduzida a pena de multa para 800 (oitocentos) dias-multa, mantido o valor unitário no mínimo legal, em relação ao crime do artigo 33, "caput", c.c artigo 40, I, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista o afastamento da causa de diminuição do artigo 33, §4º, do mencionado estatuto legal. Fixada a pena privativa de liberdade do artigo 35 da Lei de Drogas em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 1000 (um mil) dias-multa, sendo cada dia no mínimo legal.

3.2. Luis Hurtado Ortiz. Majorada a pena base para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e reduzida a pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

multa para 700 (setecentos) dias- multa, mantido o valor unitário no mínimo legal em relação ao crime de tráfico internacional de entorpecentes. Fixada a pena privativa de liberdade do artigo 35 da Lei de Drogas em 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 1000 (um mil) dias-multa.

3.3. Massimo Guarnieri. Reduzida a pena pela prática do crime de tráfico de drogas para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. Reduzida, também, a pena privativa pela prática do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 1000 (mil) dias-multa.

3.4. Estevan Vargas Anzoateguy. Reduzida a pena pela prática do crime de tráfico de drogas para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. Reduzida, também, a pena privativa pela prática do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 1000 (mil) dias-multa.

3.5. Elvira Duran Veiga. Reduzida a pena pelo tráfico internacional para 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão. Mantida a pena de multa 191 (cento e noventa e um) dias-multa, tendo em vista a sua efetiva colaboração para o desbaratamento da quadrilha.

4. Mantido o regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade para todos os acusados.

5. Apelação do Ministério Público e dos acusados a que se dá parcial provimento." (e-STJ fls. 28/30).

Pois bem. De tudo quanto consta dos autos, tem-se que a impetração não merece acolhida.

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 chegou 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 prevê o a infração penal em exame:

"Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 Luchiarri 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No caso dos autos, no que diz com o delito de associação para o tráfico, o órgão ministerial asseverou que *"em razão da forma que FRANCY DIEZ HURTADO, LUIS HURTADO ORTIZ, ESTEVAN VARGAS ANZOATEGUY E MASSIMO GUARNERI concorrem para realização do delito"* se poderia verificar, também, a prática do crime previsto no artigo 35, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fl. 13).

Ao proferir sentença no feito, o magistrado singular entendeu que *"em relação a ELVIRA, LUIZ e FRANCY, inexistem elementos suficientes para ensejar uma convicção no sentido de que esses três réus, de forma livre e consciente, mediante ajuste prévio, resolveram associar-se para praticar os crimes previstos nos artigos 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06"* (e-STJ fl. 79).

No entanto, o Tribunal de origem discordou de tal posicionamento, asseverando haver provas suficientes de que os acusados ESTEVAN VARGAS ANZOATEGUY, MASSIMO GUARNERI, FRANCY DIEZ HURTADO e LUIS HURTADO ORTIZ teriam se associado de forma estável para a prática do tráfico de drogas.

Confira-se:

"Doravante, examino a imputação da prática do delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06.

(...)

Com efeito, está demonstrado que os acusados Estevan Vargas Anzoateguy, Massimo Guarneri, Francly Diez Hurtado e Luis Hurtado Ortiz, associaram-se, de forma estável, para a prática de tráfico de entorpecentes.

Extrai-se dos elementos de prova que as tarefas de cada um dos acusados era bem definida, subsumindo-se ao disposto supramencionado dispositivo da Lei de Drogas, senão vejamos:

a) Estevan Vargas Anzoateguy era o líder da organização criminosa, controlando toda a atividade desempenhada pelos demais membros da associação;

b) Massimo Guarneri tinha a atribuição de adquirir entorpecentes e receber a droga no continente europeu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo em vista ser cidadão italiano; e

c) Luis Hurtado Ortiz e sua neta Francy Diez Hurtado, nacionais da Bolívia eram responsáveis pelo transporte da droga daquele país para o Brasil;" (e-STJ fls. 18/19).

Ora, tendo a Corte *a quo* reconhecido que a reunião do paciente com os demais corréus seria estável e permanente, e a admitido como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, não há que se falar em trancamento da ação penal no que diz respeito ao referido ilícito.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou 13 da Lei 6.368/76. Para tanto, necessário o ânimo associativo, isto é, a vontade consciente de se associar permanentemente a 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 n.º 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:

"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 estável 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 circunstância elementar do crime praticado com associação de delinquentes, estável ou eventual. Descrevendo a denúncia pluralidade de agentes, improcede a alegação de surpresa para a defesa, porque o réu deve se defender dos fatos narrados da denúncia e não da capitulação legal que a denúncia 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 no acórdão condenatório, resta caracterizado o delito de associação para o tráfico, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal quanto ao ponto.

Ademais, para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no *writ*, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (...) ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

2. As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação dos Pacientes pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, ressaltando a existência do vínculo associativo, bem como a estabilidade e a permanência da associação. Assim, para se acolher a pretendida absolvição, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do habeas corpus.

(...)

5. Habeas corpus denegado.

(HC 200.207/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUANDO AO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06 E REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COMPROVADA A ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS AGENTES. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (...) ORDEM DENEGADA.

(...)

4. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto o Colegiado estadual logrou fundamentar de forma concreta a ocorrência do delito de associação para o tráfico, entendendo que restou plenamente comprovada a associação estável e permanente entre os acusados. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o reexame do conjunto-fático probatório, o que não se admite em sede de habeas corpus.

5. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente integrava organização criminoso, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para rever tal conclusão, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via estreita do writ.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.

8. Ordem denegada.

(HC 201.256/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012)

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0195795-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 254.428 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761190093592 93598120074036119

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CARLOS EDUARDO DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO	: LUCIANA APARECIDA DOS SANTOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: LUIS HURTADO ORTIZ (PRESO)
CORRÉU	: ELVIRA DURAN VEIGA
CORRÉU	: FRANCY DIEZ HURTADO
CORRÉU	: ESTEVAN VARGAS ANZOATEGUY
CORRÉU	: MASSIMO GUARNIERI

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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.