



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.503 - SP (2017/0212006-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIEMERSON DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO COMPROVADAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL EXISTENTE.

1. 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.

2. Na espécie, a autoridade impetrada cingiu-se a afirmar que o vínculo entre os acusados era estável, deixando de declinar provas concretas que evidenciaríamos a permanência da associação, o que impede a prolação de édito repressivo quanto ao referido ilícito. Precedentes.

ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO RECLUSIVA. ACUSADO CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ESTABELECIMENTO DO MODO INTERMEDIÁRIO DE EXECUÇÃO.

1. Com o afastamento da condenação pela associação para o tráfico e a redução da reprimenda cominada ao acusado, que restou definitivamente estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão, impõe-se a fixação do modo semiaberto para o respectivo resgate, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico, fixando-se o regime semiaberto para o cumprimento inicial da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena que lhe foi imposta no tocante ao delito do artigo 33 da Lei 11.343/2006, estendendo-se os efeitos da decisão à corré em idêntica situação, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, com extensão à corré, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.503 - SP (2017/0212006-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIEMERSON DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JULIEMERSON DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000286-53.2013.8.26.0541.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 1200 (mil e duzentos) dias-multa, como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

Inconformadas, acusação e defesa apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para aplicar a causa de aumento do inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas, o que ensejou a reprimenda final de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa.

Sustentam os impetrantes que o mero concurso de agentes não seria suficiente para a configuração do crime de associação para o tráfico.

Alegam que as instâncias de origem não teriam comprovado a estabilidade e a permanência necessárias à tipificação do ilícito em apreço.

Entendem que o modo de execução mais gravoso teria sido fixado com base na gravidade abstrata dos delitos assestados ao réu.

Requerem a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido do delito do artigo 35 da Lei 11.343/2006, estabelecendo-se regime diverso do fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.503 - SP (2017/0212006-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente e a alteração da forma de resgate da sanção corporal.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à afirmação de que o ânimo associativo necessário para a configuração do crime de associação para o tráfico não teria sido comprovado, cumpre trazer à baila o artigo 35 da Lei 11.343/2006, que se encontra assim redigido:

*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 caracterização 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Na espécie, ao condenar os pacientes pelo ilícito em questão, o magistrado sentenciante registrou que *"os acusados residiam juntos no imóvel e não possuíam nenhuma fonte de renda, sendo em encontrada, em poder dos dois, certa quantia em dinheiro, cuja origem não informaram, de modo que perfeitamente comprovada a associação deles para o fim de tráfico"* (e-STJ fl. 25).

Por sua vez, a autoridade impetrada consignou que *"os acusados viviam juntos, estavam desempregados e foram surpreendidos em poder de dinheiro e expressiva quantidade de drogas"*, sendo que *"as informações recebidas pelos policiais davam conta de que eles vinham se dedicando à narcotraficância (...), tudo a corroborar a acusação de que exerciam a atividade ilícita de forma estável e minimamente organizada"* (e-STJ fl. 39).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, assim, que a autoridade impetrada cingiu-se a afirmar que o vínculo entre os acusados era estável, deixando de declinar provas concretas que evidenciariam a permanência da associação, o que impede a prolação de édito repressivo quanto ao referido ilícito.

Portanto, inexistindo a comprovação de que os pacientes tiveram o dolo de se associar com estabilidade ou permanência, não resta caracterizado o delito de associação para o tráfico.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS ASSOCIATIVO ENTRE OS AGENTES. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. Não tendo sido apresentado dados concretos que demonstrem efetivamente o animus associativo entre os agentes, uma vez que a condenação está amparada apenas na presunção de que para traficar drogas no Complexo do Chapadão, localidade sob o comando da facção criminosa denominada "Comando Vermelho", o paciente necessariamente deveria integrar a referida organização e teria uma função pré-determinada, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei n.

11.343/2006 é medida que se impõe.

4. Estabelecida a pena em 7 anos de reclusão e sendo o paciente reincidente, o modo inicial fechado é o cabível para a reprovação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, resultando a pena definitiva em 7 anos de reclusão mais pagamento de 700 dias-multa.

(HC 415.974/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONSECTÁRIOS. REGIME MAIS BRANDO. CORRÉU. SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL IDÊNTICA. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas.

*2. As instâncias ordinárias, ao concluírem pela condenação do paciente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em nenhum momento fizeram referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre ele e o corréu; proclamaram a condenação com base em meras conjecturas acerca de uma *societas sceleris*, de maneira que se mostra inviável a manutenção da condenação pelo tipo penal descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006.*

(...)

6. Ordem concedida para absolver o paciente em relação ao delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Habeas corpus concedido para: reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art.

33 da Lei n. 11.343/2006; aplicá-la no patamar de 2/3 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa; fixar o regime inicial semiaberto. Extensão, de ofício, ao corréu.

(HC 264.222/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017)

Finalmente, com o afastamento da condenação pela associação para o tráfico e a redução da reprimenda cominada ao acusado, impõe-se a fixação do modo semiaberto para o resgate da sanção, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Em arremate, tendo em vista que a corré Christiely Martins Zanetoni se encontra na mesma situação processual do paciente, os efeitos desta decisão devem ser-lhe estendidos, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico, fixando-se o regime semiaberto para o cumprimento inicial da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena que lhe foi imposta no tocante ao delito do artigo 33 da Lei 11.343/2006, estendendo-se os efeitos da decisão à corré em idêntica situação, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0212006-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 413.503 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002865320138260541 20140000492929 2865320138260541 5264

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JULIEMERSON DOS SANTOS
CORRÉU	: CHRISTIELY MARTINS ZANETONI

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

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, com extensão à corré, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.