



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 846785 - SP (2023/0289908-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : CAROLINA SILVA NOGUEIRA
ADVOGADO : CAROLINA SILVA NOGUEIRA - SP465176
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : PATRICK SULIVAN SOUZA DA SILVA
CORRÉU : ALEX JUNIOR LEMES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35 DA LEI 11.343/2006. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS* ASSOCIATIVO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Rafael Anderson dos Santos, condenado a 8 anos e 2 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006) e 4 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006). A defesa sustenta a ausência de comprovação do *animus* associativo para o crime de associação, além de questionar a incidência da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, considerando o fechamento dos estabelecimentos de ensino durante a pandemia de Covid-19.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões centrais em discussão: (i) a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas, considerando a necessidade de demonstração de vínculo estável e permanente entre os agentes; e (ii) a legalidade da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, em razão da proximidade de estabelecimento de ensino.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) aponta que, para a

configuração do crime de associação para o tráfico, exige-se prova concreta e inequívoca do vínculo estável e permanente entre os agentes. No presente caso, a condenação do paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas foi baseada em presunções decorrentes das circunstâncias fáticas, sem a devida demonstração de tal vínculo.

4. A ausência de provas robustas acerca de uma associação estável entre o paciente e os demais envolvidos impede a manutenção da condenação pelo crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006.

5. Quanto à causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, a jurisprudência do STJ é clara no sentido de que sua incidência não depende de comprovação de que o tráfico ocorria efetivamente em instituições de ensino ou em áreas frequentadas por estudantes, bastando que o crime tenha sido cometido nas imediações desses locais.

IV. Ordem concedida para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), mantendo os demais termos do acórdão impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 846785 - SP (2023/0289908-4)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : CAROLINA SILVA NOGUEIRA
ADVOGADO : CAROLINA SILVA NOGUEIRA - SP465176
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : PATRICK SULIVAN SOUZA DA SILVA
CORRÉU : ALEX JUNIOR LEMES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35 DA LEI 11.343/2006. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS* ASSOCIATIVO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI DE DROGAS. ORDEM CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Rafael Anderson dos Santos, condenado a 8 anos e 2 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006) e 4 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006). A defesa sustenta a ausência de comprovação do *animus* associativo para o crime de associação, além de questionar a incidência da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, considerando o fechamento dos estabelecimentos de ensino durante a pandemia de Covid-19.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões centrais em discussão: (i) a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas, considerando a necessidade de demonstração de vínculo estável e permanente entre os agentes; e (ii) a legalidade da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, em razão da proximidade de estabelecimento de ensino.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) aponta que, para a

configuração do crime de associação para o tráfico, exige-se prova concreta e inequívoca do vínculo estável e permanente entre os agentes. No presente caso, a condenação do paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas foi baseada em presunções decorrentes das circunstâncias fáticas, sem a devida demonstração de tal vínculo.

4. A ausência de provas robustas acerca de uma associação estável entre o paciente e os demais envolvidos impede a manutenção da condenação pelo crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006.

5. Quanto à causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, a jurisprudência do STJ é clara no sentido de que sua incidência não depende de comprovação de que o tráfico ocorria efetivamente em instituições de ensino ou em áreas frequentadas por estudantes, bastando que o crime tenha sido cometido nas imediações desses locais.

IV. Ordem concedida para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), mantendo os demais termos do acórdão impugnado.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fl. 87 (e-STJ):

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de RAFAEL ANDERSON DOS SANTOS em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Apelação Criminal 1500577-83.2021.8.26.0545).

O paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 700 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela defesa e deu provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o paciente às penas de 8 anos e 2 meses de reclusão por infração ao art. 33, caput, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006 e 4 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão por infração ao art. 35, caput, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006, em regime fechado, além do pagamento de 1.959 dias-multa.

A defesa alega: a) não foi comprovado o animus associativo entre os agentes, sobretudo diante da absolvição na sentença do paciente pelo crime de associação ao tráfico; b) "visa-se que o entendimento originário feito pelo juízo da instrução seja preponderante, dado sua maior cognição acerca dos fatos" (e-STJ fl. 9); e c) deve ser afastada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, uma vez que, "devido a pandemia do Covid-19, os estabelecimentos de ensino encontravam-se fechados" (e-STJ fl. 12).

Requer, liminar e definitivamente, deferimento da ordem para que seja "reconhecida a absolvição do art. 35 da Lei 11.343/2006 e que seja

mantida a condenação do juízo de primeira instância em relação ao delito do artigo 33 da Lei de Drogas, em 7 anos de reclusão" (e-STJ fl. 16).

É o relatório.

A defesa alega, em síntese, ausência do *animus* associativo para a condenação do delito tipificado no art. 35 da Lei 11.343/2006, além da ilegalidade da agravante disposta no art. 40, III, do mesmo diploma legal.

Requer a concessão da ordem para obter a absolvição do crime de associação para o tráfico, com a consequente redução da pena aplicada ao paciente.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício" (AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024). Grifos acrescidos.

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024). Grifos acrescidos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel.

Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...) (HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023). Grifos acrescidos.

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

De resto, deve-se analisar se houve a configuração do delito de associação para o tráfico de droga.

Pois bem.

"Consta da denúncia e seu aditamento que, no dia 17 de maio de 2021, por volta das 11:00 horas, na Avenida Oito de Maio, 200, Henedina Cortez, na cidade e Comarca de Bragança Paulista, Alex Júnior Lemes, Patrick Sullivan da Silva e Rafael Anderson dos Santos, associados para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas, traziam consigo para fornecimento, venda ou entrega de qualquer forma a consumo, 05 tijolos de maconha, pesando ao todo 3086g (três quilos e oitenta e seis gramas); 2.104 (dois mil cento e quatro) papelotes de cocaína, pesando ao todo 1532g (um quilo quinhentos e trinta e dois gramas); 150 (cento e cinquenta) pedras de crack, pesando ao todo 30g (trinta gramas); 61 (sessenta e uma) porções de maconha, pesando 644g (seiscentos e quarenta e quatro gramas); 02 (duas) porções de cocaína, pesando 296g (duzentos e noventa e seis gramas) e 50 (cinquenta) porções de maconha, pesando 175g (cento e setenta e cinco gramas), drogas/entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R\$27,00 (vinte e sete reais) em espécie; saquinhos de sacolé; 01 rolo de plástico filme, 01 balança de precisão; 01 faca e 03 aparelhos de celular. " (e-STJ fls. 60-61).

O Tribunal de origem afastou o pleito de absolvição do aludido delito tipificado no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, ao seguinte fundamento (e-STJ fls. 72/76):

A r. sentença absolveu os réus da prática do delito previsto no art. 35, caput, da Lei nº 11.343/06, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que: "inexistem elementos sólidos a embasar o édito condenatório, não havendo como reconhecer, in casu, o delito de associação." (fls. 649).

Ocorre que, há de se acolher o recurso Ministerial e condenar todos os réus pelo delito de associação para o tráfico.

Como já destacado, o conjunto probatório não deixa dúvidas quanto ao vínculo formado para o fim de comercialização de entorpecentes.

Os réus foram presos em flagrante delito, comercializando entorpecentes em um pátio aberto, com movimentação de pessoas, em local com forte incidência de tráfico de drogas.

Ainda, ao perceberem que seriam abordados, todos correram juntos para o imóvel de Patrick e de lá dispensaram parte dos entorpecentes pela janela.

As drogas encontradas na posse de Alex, réu que foi detido na porta de entrada do apartamento, eram semelhantes àsquelas dispensadas por Patrick e Rafael pela janela.

Para a configuração de delito em comento, necessário se faz transcrever a doutrina de Renato Marcão, acerca da consumação do crime:

[...]

Assim, de rigor a condenação de todos os réus pela prática do crime de associação para o tráfico.

Com efeito, nota-se dos autos que a condenação do paciente pela prática do citado delito de associação para o tráfico está fundada em meras ilações com base no local em que os fatos foram praticados ("Os réus foram presos em flagrante delito, comercializando entorpecentes em um pátio aberto, com movimentação de pessoas, em local com forte incidência de tráfico de drogas"), isto é, sem qualquer respaldo concreto nos elementos probatórios que instruem os autos.

Nesse sentido, não há como subsistir a condenação do paciente pela apontada prática delitiva sem a devida demonstração da existência de vínculo estável e permanente, elementos imprescindíveis para a caracterização típica do referido crime.

Sobre o tema, outro não é o entendimento desta Corte:

EMENTA PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVA CONCRETA DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. POUCA QUANTIDADE DE DROGA. FRAÇÃO MÁXIMA.

1. Para a caracterização do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta e inequívoca do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, caput, § 1º e/ou do art. 34 da mencionada lei.

2. No caso dos autos, a Corte local não apresentou elementos concretos aptos a demonstrar efetivamente o animus associativo entre o recorrente e outros indivíduos. Em verdade, os elementos informativos destacados pelo acórdão recorrido - circunstâncias da

prisão, efetuada em local dominado por facção criminosa, posse de material entorpecente, relatos dos policiais no sentido de que o recorrente já havia sido abordado anteriormente, etc. - indicam elementares do crime do tráfico de drogas, em concurso mais elaborado de agentes.

3. Afastada a condenação pelo delito de associação para o tráfico e sendo o recorrente primário, de bons antecedentes e à míngua de elementos concretos que evidenciem a dedicação do agente a atividades criminosas e/ou de que integre organização criminosa, de rigor a incidência da minorante do tráfico privilegiado. Ademais, a quantidade de droga apreendida (170g de maconha e 3g de cocaína) é insuficiente a justificar a fixação da minorante em patamar inferior ao máximo legal.

4. Recurso especial provido para absolver o recorrente da imputação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, fixadas as penas definitivas em relação ao crime de tráfico de drogas em 2 anos e 200 dias-multa, em regime aberto, substituídas as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo de origem.

(REsp n. 2.137.574/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/8/2024, DJe de 16/8/2024.). Grifos acrescidos.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 1.021, § 1º, DO CPC/15. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO PERMANENTE E ESTÁVEL. ABSOLVIÇÃO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada enseja o não conhecimento do agravo regimental, nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/15 e do óbice contido na Súmula 182/STJ, aplicável por analogia.

2. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo, tampouco o ataque tardio ao seu conteúdo, ou a insistência no mérito da controvérsia.

3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

4. O Tribunal de origem não fez referência a algum fato concreto que demonstrasse o vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre os envolvidos, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas, os agravantes devem ser absolvidos da imputação do art. 35 da Lei 11.343/06.

5. Agravo regimental não conhecido, mas concedido habeas corpus de ofício para afastar a condenação pelo delito de associação para o tráfico, restabelecendo-se, na íntegra, a sentença condenatória.

(AgRg no AREsp n. 2.466.384/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024.). Grifos acrescidos.

Por fim, não há que se falar no afastamento da causa de aumento de pena previstas no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, tendo em vista que "o entendimento adotado pelo Tribunal estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, fixada no sentido de que, para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico ocorria nas entidades mencionadas no citado dispositivo legal ou que a mercancia ilícita se destinava aos respectivos frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido nas imediações daqueles locais." (AgRg no HC n. 914.589/PR, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do Tjsp), Sexta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 4/9/2024.)

Assim, afastada a condenação do paciente pela prática do citado crime, remanesce, contudo, a condenação pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos termos dispostos pelo acórdão de apelação criminal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem para absolver o paciente da prática do citado crime tipificado no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0289908-4

HC 846.785 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15005778320218260545 21342542021

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CAROLINA SILVA NOGUEIRA
ADVOGADO : CAROLINA SILVA NOGUEIRA - SP465176
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU : PATRICK SULLIVAN SOUZA DA SILVA
CORRÉU : ALEX JUNIOR LEMES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.