

11/11/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 124.164 ACRE

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : CAROLINA BARBOSA DE HOLANDA
IMPTE.(S) : PATRICH LEITE DE CARVALHO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35 DA LEI 11.343/2006. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O verbo núcleo do tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 é associar-se. Portanto, a caracterização da associação para o tráfico de drogas depende da demonstração do vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional e episódica. Não se pode transformar o crime de associação, que é um delito contra a paz pública – capaz de expor a risco o bem jurídico tutelado –, em um concurso de agentes. Doutrina e jurisprudência.

2. No particular, concluiu-se pela condenação tão somente em razão da convergência ocasional de vontades para a prática do crime de tráfico. Noutras palavras, não se separou a vontade de se associar da vontade necessária para a prática do crime pretendido.

3. “Não é questão de prova saber-se da tipicidade de determinado fato, cuja veracidade não se discute, mas se admite como afirmado na sentença: cuida-se de simples qualificação jurídica de fato, operação à qual sempre se prestou o *habeas corpus*” (RHC 75236; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Segunda Turma, DJ 1º/8/1997).

4. *Habeas corpus* concedido para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), com extensão da ordem à corré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do

HC 124164 / AC

Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder a ordem para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (artigo 35 da Lei 11.343/2006) e, nos termos do artigo 580 do CPP, estender à corré Poliana Silva da Rocha a ordem concedida, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 11 de novembro de 2014.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

11/11/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 124.164 ACRE

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : CAROLINA BARBOSA DE HOLANDA
IMPTE.(S) : PATRICH LEITE DE CARVALHO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao Agravo Regimental interposto no HC 275.228/AC.

Consta dos autos, em síntese, que (a) a paciente foi absolvida, em primeira instância, das acusações de tráfico de drogas e de associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006); (b) inconformado, o Ministério Público do Estado do Acre interpôs apelação para o Tribunal de Justiça estadual, que deu parcial provimento ao recurso e condenou a paciente à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática daqueles delitos; (c) a defesa opôs, então, embargos de declaração, rejeitados, e, na sequência, interpôs recurso especial, que não foi admitido na origem; (d) no STJ, o agravo em recurso especial não foi conhecido, por ser intempestivo, e o respectivo agravo regimental improvido; (e) insistindo na absolvição da paciente, a Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Relator não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem de ofício, apenas para determinar ao juízo da execução para proceder à nova dosimetria da pena; (f) insatisfeita, a defesa interpôs agravo regimental, que foi improvido, em acórdão assim ementado:

“(…) 1. A jurisprudência desta Corte estava sedimentada no sentido de que a utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na

HC 124164 / AC

aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não configuraria *bis in idem*.

2. Contudo, no julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que o uso da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*. Posição adotada.

3. Agravo regimental improvido”.

Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta, em suma, que (a) é atípica a conduta atinente ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), mormente porque a condenação teria se baseado em premissas jurídicas equivocadas; (b) com a exclusão de duas circunstâncias judiciais (circunstâncias e consequências do crime) pelo STJ, antes relacionadas à quantidade e à qualidade da droga apreendida, impõe-se a diminuição das penas-base ao mínimo legal e a incidência da causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) em seu grau máximo (2/3). Requer a concessão da ordem, para excluir “a condenação da paciente pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, bem como reduzir a pena-base aplicada e, por fim, aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 na fração máxima de 2/3”.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem, “para que seja excluído da condenação o crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006”.

É o relatório.

11/11/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 124.164 ACRE

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. O impetrante investe, primeiramente, contra o acórdão condenatório por crime de associação para o tráfico, e o faz invocando o fundamento de que não estão caracterizadas as elementares do tipo penal.

2. O crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 está assim descrito: *“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”*. O verbo núcleo do tipo aqui é associar-se. Portanto, a caracterização da associação para o tráfico de drogas depende da demonstração do vínculo de estabilidade entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional e episódica. Não se pode transformar o crime de associação, que é um delito contra a paz pública – capaz de expor a risco o bem jurídico tutelado –, em um concurso de agentes. É com propriedade que afirma Vicente Greco Filho:

“Para incidência do *caput* do delito agora comentado, em virtude da cláusula *“reiteradamente ou não”*, poder-se-ia entender que também configuraria o crime o simples concursos de agentes, porque bastaria o entendimento de duas pessoas para a prática de uma conduta punível. Parece-nos, todavia, que não será toda vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria. O tipo é especial em relação ao art. 288 do Código Penal (...). O conteúdo do crime, porém, é igual ao do seu

HC 124164 / AC

similar (Tóxicos: prevenção-repressão. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, página 209).¹

Assim, estabeleceu-se na jurisprudência o entendimento de que a diferença entre o crime em questão e o concurso eventual de agentes está na estabilidade do vínculo. Nessa linha de compreensão:

*“Habeas corpus. Processual Penal. Crime de associação para o tráfico (Lei nº 11.343/06, art. 35, caput). Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia e ausência de justa causa. Não ocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (...) 3. Verifica-se, pela simples leitura da exordial acusatória, que não há ilegalidade a merecer reparo pela via eleita, uma vez que a denúncia contém descrição mínima dos fatos imputados à ora paciente, **principalmente considerando tratar-se de crime de associação para o tráfico, relativamente ao qual a existência do liame subjetivo e da estabilidade associativa deve ser apurada no curso da instrução criminal.** 4. Ordem denegada”. (HC 121188, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 03-04-2014).*

Sob a égide da anterior Lei de Drogas: HC 72674, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 03-05-1996; HC 64840, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, DJ de 21-08-1987; RHC 75236; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Segunda Turma, DJ 01-08-97, esse último assim ementado:

“(...) III. A associação para o tráfico de entorpecentes, como tipificada no art. 14 da Lei de Entorpecentes (...): para não confundir-se com o mero concurso de agentes, a melhor interpretação reclama à sua incidência o ajuste prévio e um mínimo de organização (...)”.

1 No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza, Lei penais e processuais penais comentadas, 6ª ed. rev. reform. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 272; JESUS, Damásio de. Lei antidrogas anotada. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HC 124164 / AC

3. No caso, a denúncia narra que as acusadas teriam se associado para o fim de cometer o delito de tráfico ilícito de entorpecente, nos seguintes termos:

“1º FATO:

Em data e local ainda não esclarecidos, porém no curso do ano de 2010, Carolina Barbosa de Holanda se associou a Poliana Silva da Rocha para o fim de praticar o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de uso proscrito no Estado do Acre”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público para condenar a paciente pelo delito de associação, expondo os seguintes fundamentos:

“Feita a leitura e exame dos autos, notadamente a oitiva das gravações em áudio, entendo que a razão está com o Ministério Público, ora Apelante, pois está comprovada, via provas testemunhais e técnicas, que Carolina e Poliana se associaram para o tráfico de entorpecentes, sem qualquer dúvida.

Considero as versões apresentadas em Juízo por Carolina e Poliana insustentáveis, em razão das provas colhidas.

O taxista que as transportava deixou claro que recebeu telefonema de Carolina e que esta indicou Poliana para entrar no veículo, apontando-a.

A informação 001/2010, de 25 de novembro de 2010, elaborada pela Polícia Federal, registra que, no dia do evento criminoso, Carolina ligou para o taxista: registra, também, que:

[...] ‘das 16h42min às 16h51min o TMC (68) 9959-8206, utilizado por CAROLINA BARBOSA DE HOLANDA e o TMC (68) 9208-6489, usado por POLIANA SILVA ROCHA, efetuaram ligações entre si [...]’ fl. 56.

Portanto, a versão de não conhecimento uma da outra não

HC 124164 / AC

se sustenta, pois as provas testemunhais e técnicas comprovam, a meu ver, o liame associativo entre Carolina e Poliana, devendo as mesmas serem condenadas na forma da denúncia.

A versão apresentada pela Apelada Carolina, especificamente no que toca a sua acusação contra o Delegado de Polícia Federal, no sentido de que este estaria ‘perseguindo’, não tem sustentação e, a meu ver, é mais uma forma para tentar se livrar da responsabilidade criminal que se apresenta”.

Bem se vê, portanto, que o Tribunal de Justiça local entendeu estar configurado o crime de associação para o tráfico porque as acusadas se conheciam e estavam previamente ajustadas (= mero ajuste de participação) para o cometimento do crime de tráfico de drogas. Com efeito, o acórdão condenatório, ao reverter a absolvição, não expõe – assim como a denúncia não expõe – de que modo elas teriam realizado um ajuste prévio para formação de um vínculo associativo. Aliás, sequer há menção a esse indispensável pressuposto. O que se demonstra, em verdade, é tão somente a convergência ocasional de vontades para a prática do crime de tráfico (= fato de elas se conhecerem e de terem combinado a viagem com o taxista); ou seja, não se separou a vontade de se associar da vontade necessária para a prática do crime visado. Nesse sentido, é incisivo o parecer da Procuradoria-Geral da República: “Não cabe confundir coautoria com associação, sendo que o acórdão não se preocupou em demonstrar a estabilidade e permanência do vínculo entre as duas acusadas. Ademais, como ressaltou o impetrante, foi reconhecido, tanto na sentença [que a absolveu] quanto no acórdão, que a paciente e a corré preenchem os requisitos da causa especial do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, ou seja: que a paciente é primária, tem bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa. Tal o quadro, mostra-se incongruente a condenação por associação para o tráfico de drogas”.

Em conclusão, o quadro fático delineado pelo Tribunal de origem conduz ao juízo de atipicidade da conduta à luz do art. 35 da Lei 11.343/2006, sendo certo que “não é questão de prova saber-se da

HC 124164 / AC

tipicidade de determinado fato, cuja veracidade não se discute, mas se admite como afirmado na sentença: cuida-se de simples qualificação jurídica de fato, operação à qual sempre se prestou o *habeas corpus*” (RHC 75236; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Segunda Turma, DJ 01-08-97).

4. Em relação às demais teses suscitadas na impetração – diminuição da pena-base e incidência da maior fração de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas –, o *habeas corpus* não merece conhecimento. Isso porque, com a concessão da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, que determinou ao Juízo das Execuções Penais que proceda à nova dosimetria da pena, poderá a defesa, pela via adequada, no juízo competente, impugnar os novos fundamentos apresentados pelo magistrado de primeiro grau, sendo inviável esta Corte antecipar juízo decisório sobre as matérias.

5. Pelo exposto, concedo a ordem para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006) e, nos termos do art. 580 do CPP, estender à corré Poliana Silva da Rocha a ordem concedida, nos termos da fundamentação. É o voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 124.164

PROCED. : ACRE

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : CAROLINA BARBOSA DE HOLANDA

IMPTE.(S) : PATRICH LEITE DE CARVALHO

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (artigo 35 da Lei 11.343/2006) e, nos termos do artigo 580 do CPP, estender à corré Poliana Silva da Rocha a ordem concedida, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 11.11.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária