

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 270.837 - SP (2013/0159054-0)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERIK ROBERTO CASTANHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ERIK ROBERTO CASTANHO, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0001134-37.2011.8.26.0306.

Na Ação Penal n. 306.01.2011.001134-7, da 1ª Vara Judicial da Comarca de José Bonifácio, o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa.

Irresignadas, as partes apelaram. Em 8/11/2012, a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e acolheu a insurgência do Ministério Público, para condenar o paciente à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 810 dias-multa, como incurso no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, e à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, do mesmo diploma legal.

Nesta Corte, a Defensoria Pública aponta a ocorrência de constrangimento ilegal, consubstanciado na condenação do paciente, em segundo grau de jurisdição, pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, sem a imprescindível demonstração de estabilidade ou da permanência da associação.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido do delito de associação para o tráfico.

As informações foram prestadas (fls. 48-77). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração (fl. 80-82).

HABEAS CORPUS Nº 270.837 - SP (2013/0159054-0)
EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

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 imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

2. O acórdão impugnado, ao concluir pela condenação do paciente e do corréu pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas – sem necessidade de reavaliação probatória ou exame de fatos –, devem ser absolvidos do delito em questão.

3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, com extensão dos efeitos desse *decisum* para o corréu, a teor do art. 580 do CPP.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I.

No ponto que interessa ao deslinde da controvérsia, ERIK ROBERTO CASTANHO, ora paciente, e AGNALDO RIBEIRO foram condenados, **em segundo grau de jurisdição**, à pena de 3 anos e 6 meses de

Superior Tribunal de Justiça

reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, por infração ao art. 35, c/c o 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se manifestou sobre a controvérsia:

Quanto ao crime de associação, dispõe o artigo 35 da Lei n° 11.343/06 que:

"Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 34 desta Lei".

Hoje em dia, ou seja, desde que entrou em vigor a Lei n° 11.343/06, como vimos acima, o legislador deixou de exigir, para que houvesse o crime do art. 35 da referida Lei, a prova de que a associação tenha caráter permanente.

Isso porque, antes da Lei n° 11.343/06 vigia a Lei n° 6.368/76, em que havia a figura da "associação de pessoas", em dois tipos penais: do art. 14, onde se exigia que a associação tivesse caráter permanente e no art. 18, inc. III, primeira parte, quando a associação tivesse apenas caráter eventual.

No caso do art. 14, da Lei 6.368/76, a figura típica constituía crime e no do art. 18, inc. III, primeira parte, da mesma Lei, tínhamos apenas uma agravante.

Como havia dificuldade de se provar a permanência da "associação de pessoas", os Juízes acabavam por desclassificar a figura típica do art. 14, para a agravante prevista no art. 18, inc. III, primeira parte, ambas da Lei n° 6.368/76, o que obviamente era uma porta para a impunidade.

Percebendo o que acontecia, o legislador, então, modificou a Lei de Tóxicos, suprimindo a existência da agravante, constituída pela associação eventual.

Consequentemente, foi criado o art. 35 da Lei n° 11.343/06, que **não mais exige que a associação de pessoas, para fins de tráfico de entorpecentes, tenha caráter permanente; havendo o crime nele previsto, mesmo que a associação seja apenas eventual.**

No caso dos autos, os réus estavam juntos, numa mesma empreitada, qual seja, o tráfico de drogas.

Diante da prova contida nos autos, indubitavelmente os réus infringiram o art. 35, da Lei n° 11.343/06.

Passa-se a dosimetria das penas (fls. 70-71).

II.

Superior Tribunal de Justiça

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcrevo, por oportuno, o disposto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

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.

Ante a expressão utilizada pelo legislador – de que a associação entre duas ou mais pessoas deveria ter a finalidade de praticar, **reiteradamente ou não**, os crimes previstos nos art. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas – passou-se a perscrutar se, para a caracterização do crime de associação para o tráfico de drogas, seria necessário que a reunião entre os acusados se desse de forma estável, tal como é exigido no crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), ou bastaria a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre duas ou mais pessoas para a prática das infrações constantes dos arts. 33 e 34.

Nesse contexto, **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.**

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

[...]

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. Precedentes.

2. *In casu*, o Tribunal de origem apontou a existência de concurso eventual entre os agentes para a prática da traficância, não havendo falar na configuração da conduta descrita no artigo 35 da Lei 11.343/06.

[...]

(HC 251.677/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 12/11/2014)

[...]

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 235.871/RJ, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 29/5/2014)

[...]

2. O acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo permanente, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Entretanto, **nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação criminosa. Atipicidade reconhecida.**

3. Reconhecida a atipicidade da conduta de associação eventual para o tráfico de drogas, o édito condenatório perdeu seu único argumento para negar à Paciente a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, considerou o acórdão impetrado que a condenada, ora Paciente, não preenche os requisitos legais para a concessão da benesse por integrar associação criminosa.

(...)

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para cassar a condenação no tocante ao crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 e determinar que o Eg. Tribunal de Justiça a quo proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da minorante no prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, conseqüentemente, do regime adequado de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos do julgado à corré LUCELINE DA SILVA PAIVA.

Superior Tribunal de Justiça

(HC n. 248.844/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 28/5/2013)

Assim, para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, é necessário que o *animus* associativo seja efetivamente comprovado. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas.

Sob as premissas expostas verifico, na espécie dos autos, que o Tribunal de origem, ao concluir pela condenação do paciente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, **não fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre ele e o corréu**, sendo inviável a manutenção da condenação pelo tipo penal descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, que, conforme mencionado, não comporta associação meramente eventual, ao contrário do que expressamente asseriu o Tribunal *a quo*. De fato, no contexto assinalado no acórdão estadual, a associação entre os pacientes com a intenção de viabilizar o tráfico de drogas não passou de **simples coautoria** do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Por essas razões, **concedo habeas corpus, de ofício, para absolver o paciente em relação ao crime descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006**, e estendo os efeitos desta decisão ao corréu, em idêntica situação fática.

Nesse sentido, menciono os seguintes julgados deste Superior Tribunal:

[...]

1. A simples associação eventual, segundo entendimento desta Corte Superior, não pode ser considerada para configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, que exige a comprovação de estabilidade e permanência. Precedentes.

[...]

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a absolvição das Pacientes, quanto ao delito de associação para o tráfico.

(HC n. 196.731/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 15/4/2013).

[...]

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. (HC n. 208.886/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/12/2011).

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente e os corréus da imputação relativa à prática do crime de associação para o tráfico.

(HC n. 193.232/SP, Relator Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 26/11/2012).

Ressalto, por fim, que, para a análise do pleito, **não foi necessário reapreciar o conjunto fático-probatório dos autos** (até porque tal providência é vedada na via estreita do *habeas corpus*), mas apenas constatar, ante a fundamentação do acórdão impugnado, que não foi apontada a imprescindível existência de vínculo associativo estável e permanente entre os acusados.

III.

À vista do exposto, **não conheço** da impetração, por entender inadequado o uso do *writ* em substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, **concedo *habeas corpus*, de ofício**, para absolver o paciente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e estender os efeitos desta decisão para o corréu AGNALDO RIBEIRO, a teor do art. 580 do CPP.