HABEAS CORPUS Nº 491.251 - RS (2019/0028335-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	TAIS LORA DE OLIVEIRA LAGUNA
ADVOGADO	:	TAIS LORA DE OLIVEIRA LAGUNA - RS091349
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	SIDNEI DE CARVALHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de **SIDNEI DE CARVALHO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 600 dias-multa, concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e absolvido da imputação do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

A defesa e a acusação interpuseram recursos de apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao apelo ministerial para condenar o réu e os corréus também pelo delito de associação para o tráfico, bem como a fim de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 63-88).

Neste *mandamus*, a impetrante sustenta haver ilegalidade na condenação pelo delito do art. 35 da Lei de Drogas, uma vez que não foram demonstrados os requisitos da estabilidade e da permanência necessários para configuração do vínculo associativo. Pleiteia, assim, a absolvição do paciente.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 152-224).

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 235-239).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Passo, assim, ao exame da suposta ilegalidade apontada pela defesa.

Em primeiro grau, a absolvição do paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 está assim motivada:

> "[...] SIDNEI foi interrogado por carta precatória e, em suma, negou a imputação, alegando ser mero usuário, sendo que havia ido no local do fato buscar droga, restando detido quando saía, de posse de meras 2 ou 3 gramas de *crack*.
> [...]
> JOEL era o proprietário da droga, valendo-se de ELIZANDRO para depositá-la, e de FÁBIO no auxílio do fracionamento, embalo e provavelmente transporte de cargas maiores, bem como à SIDNEI o transporte e distribuição da droga à traficantes menores ou até

> mesmo a própria venda a varejo.
> [...]
> No tocante ao delito de associação imputado a todos acusados, tenho que a denúncia não procede. Explico.
> O atual posicionamento, por mim adotado, quanto ao delito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06 é de que este equipara-se ao revogado artigo 14 da Lei 6.368/76, necessitando, para sua incidência a presença induvidosa dos requisitos necessários para a configuração do crime, quais sejam: a) duas ou mais pessoas; b) acordo dos parceiros; c) vínculo associativo e d) finalidade de traficar tóxicas.
> [...]
> Superadas tais considerações iniciais, cumpre asseverar que os réus afirmaram se conhecerem, mas negaram possuir qualquer sociedade para o fim de traficar.
> Entretanto, como já referi acima, as negativas dos réus JOEL, SIDNEI e ELIZANDRO foram desveladas pela criteriosa investigação policial, a qual redundou na apreensão de grande quantidade de *crack*, pertencente a JOEL, que era depositada por ELIZANDRO, manipulada por FÁBIO e transportada e possivelmente vendida no varejo por SIDNEI.
> A prova acusatória dá conta de que estavam estes quatro denunciados envolvidos com a traficância, porém, em uma relação meramente comercial entre eles, sem, contudo, haver prova segura de qualquer relação societária entre eles.
> Assim, em relação ao delito estipulado no art. 35 da Lei 11.343/06, a solução jurídica quanto à imputação dos réus impõe-se de maneira diversa ao delito de tráfico.
> [...]
> Em conclusão, embora constitua crime autônomo, a associação, sempre que efetivada a venda ilegal ou qualquer das figuras típicas descritas no art. 33 ou no art. 35 da Lei de Tóxicos, configura um *antefactum* não punível, por aplicação do princípio da consunção, uma vez que é meio normal de realização do outro crime.
> Assim sendo, não se pode cogitar de concurso material entre as duas condutas, impondo-se o apenamento apenas do tráfico, eis que a associação se torna um indiferente penal, como afirmam alguns doutrinadores.
> [...]
> Portanto, reconhecendo a absorção do crime de associação pelo de tráfico, absolvo os réus pela prática do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06." (e-STJ, fls. 49-53)

Por sua vez, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial e condenou o paciente como incurso no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em decisão assim fundamentada:

> "[...] houve a apreensão de elevada volumetria de droga no imóvel em que praticado o ilícito penal – **treze trouxas de *crack*, pesando o total de 1.920,3g; e três trouxas de cocaína, pesando 57g** – cuja quantidade e forma como as substâncias encontravam-se dispostas, isto é, fracionadas e individualmente acondicionadas em diversas porções, em tamanhos maiores e menores, aliada à localização, também, de balança de precisão e demais instrumentos destinados à

preparação das drogas à venda, evidencia que servia o local como ponto de intenso comércio ilícito.

Não há dúvidas, portanto, da prática da narcotraficância pelos apelantes.

[...]

Lado outro, no que diz respeito ao delito associativo, razão merece o agente ministerial.

De início, consigno que, **para que o delito de associação ao tráfico se perfectibilize, exige-se a demonstração de uma associação estável e permanente**, cometida pelo menos por duas pessoas, as quais se reúnem, mediante ajuste prévio, para a consecução de um fim comum, no caso, a traficância. Assim, **para a caracterização do delito de associação é indispensável a comprovação do *animus associativo* prévio ou da estabilidade do grupo,** caso contrário impõe-se a absolvição por insuficiência de provas.

Nesse aspecto, embora a legislação não exija a prática reiterada do delito, é imperiosa a existência de uma mínima organização entre os agentes, de tal modo que haja a demonstração do planejamento de ações, a partir de divisão de tarefas entre os associados, pretendendo, com isso, facilitar a prática dos atos da traficância, minimizando os riscos de eventual flagrante e, ao final, compartilhando os lucros obtidos com a empreitada criminosa.

No caso dos autos, **as provas carreadas demonstraram, estreme de dúvidas, a prática de intenso tráfico de drogas no imóvel de propriedade do réu Elisandro**. Inclusive, tem-se que os acusados Joel e Fábio foram flagrados enquanto embalavam e separavam vultosa quantidade de substância entorpecente, preparando a mercadoria para a venda, enquanto **o corréu Sidnei foi abordado logo após ter adquirido considerável quantidade de drogas, para posterior revenda, estampando a prévia divisão de tarefas e de lucros entre os envolvidos.**

O anterior vínculo entre os réus restou plenamente detalhado pelo depoimento do policial federal Aires Rumpel, que esclareceu, de forma clara, os elementos de convicção formados no curso das investigações. Disse o agente de segurança, em depoimento prestado perante o crivo do contraditório, que o réu Joel já era conhecido pela Polícia Federal por seu envolvimento com o narcotráfico, cujo *modus operandi* era utilizar pessoas para transportar e comercializar drogas a mando dele. Diante disso, **no curso das investigações, foi recebida denúncia anônima noticiando uma partilha de drogas e, expedido mandado de busca e apreensão, a guarnição avistou o réu Sidnei afastando-se de uma residência com considerável quantidade de droga, superior àquela considerada para próprio consumo, confirmando-se que atuava como possível intermediador e revendedor dos entorpecentes.** Além do mais, apurou-se, também, grande movimentação de pessoas no local, restando incontroverso que seria o local utilizado como "boca de fumo".

No mais, **a quantidade da droga apreendida (2kg de *crack* e mais 57g de cocaína), somada às circunstâncias da prisão em flagrante, é elemento que leva à certeza de que a associação entre os acusados dava-se de modo estável,** merecendo realce que a volumetria apreendida na residência de Elisandro, que estava sendo fracionada e embalada por Joel e Fábio, poderia resultar em mais de

> duas mil porções de *crack* a serem comercializadas, considerando a proporção de 1g por buchinha, medida inclusive superior àquela que costumeiramente se verificada em posse de usuários. Ainda, a cocaína apreendida poderia resultar em outras tantas porções de *crack*, se misturada a outras substâncias, ou, se vendida de forma pura, proporcionaria ao menos cem buchinhas, visto que cada uma raramente ultrapassa 0,5g.
> Não bastasse, também foram encontrados no local balança de precisão, estilete, rolo de fita adesiva, papel com anotações diversas e pacotes plásticos para embalar drogas, instrumentos e objetos utilizados no preparo de drogas à venda, tudo indicando uma prévia organização em prol do comércio ilícito.
> Nota-se, assim, que **a divisão de tarefas entre os acusados era clara, uma vez que ao acusado Joel era responsável por comandar o comércio ilícito, utilizando-se do imóvel de Elisandro como ponto de venda e depósito dos entorpecentes, aliciando intermediários para posterior distribuição das drogas, tal como o réu Sidnei. Por sua vez, o réu Fábio exercia a função de auxiliar o líder Joel, fracionando e separando a droga para venda.**
> Este fator, característico do tipo imputado aos acusados, **não deixa dúvida qualquer de que os apelantes estavam associados para o fim da narcotraficância, fracionando as atividades necessárias à prática criminosa.**
> Nos mesmos termos, e reiterando a vasta comprovação do delito associativo, cito o precedente firmado por esta Corte de Justiça:
> [...]
> Plenamente demonstrada, pois, a formação de uma *societas sceleris* entre os denunciados.
> Por conseguinte, diante do reconhecimento do delito associativo, incabível a incidência da causa redutora que trata o §4º do artigo 33 da Lei Antidrogas em benefício dos réus Elisandro, Fábio e Sidnei." (e-STJ, fls. 78-84; sem grifos no original)

Como cediço, para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a demonstração concreta do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, *caput* e § 1º e/ou do art. 34, da Lei Antidrogas (HC 354.109/MG, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

Na hipótese, observa-se que a condenação do paciente está amparada nos depoimentos testemunhais colhidos judicialmente e nas circunstâncias da prisão em flagrante. Segundo consta, dentro da associação para a prática do tráfico, ele era o responsável pelo transporte da droga e possivelmente pela venda no varejo.

Dessa forma, concluído pelas instâncias ordinárias, em decisão motivada, existir elementos suficientes da estabilidade e da permanência do paciente no reiterado comércio ilícito de drogas, a alteração desse entendimento é inadmissível na via eleita, uma vez que exige o reexame do conteúdo fático probatório.

Confira:

> "II - O tipo previsto no artigo art. 35 da Lei nº 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas se reúnem 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 tais delitos.
III - *In casu*, o Tribunal de origem se apoiou em robusto conjunto probatório para impor a condenação ao paciente, quais sejam, depoimentos testemunhais e os dados constantes da interceptação telefônica. Dessa forma, estando demonstrado a associação do paciente à estável societas criminis dedicada à prática do tráfico ilícito de entorpecentes, correta sua condenação como incurso no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06.
IV - Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, não se coaduna com os estreitos limites do mandamus, já que o amplo reexame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe, para seu manejo, uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano.
Precedentes.
Habeas Corpus não conhecido."
(HC 460.083/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. RELATÓRIOS POLICIAIS. REPETIÇÃO EM JUÍZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESNECESSIDADE DA REPETIÇÃO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. ÁUDIOS DAS INTERCEPTAÇÕES DISPONIBILIZADOS À DEFESA. PROVA EMPRESTADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.
2. A alegada nulidade na não repetição dos relatórios policiais sobre a interceptação telefônica em juízo, bem como a existência de suposta prova emprestada ilegítima não foram arguidas perante o Tribunal de origem, o que impede o conhecimento da matéria por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.
3. A interceptação telefônica - medida cautelar investigativa destinada a produção de prova em investigação criminal nos termos da Lei n. 9.296/96 - é submetida à contraditório diferido, realizado após o encerramento da diligência. É a partir dos áudios das interceptações que a Defesa poderá contrariar eventuais conclusões apontadas no relatório policial. 4. Após o detalhado exame da prova produzida, máxime as interceptações telefônicas, depoimento dos policias responsáveis pela investigação e o auto de prisão em flagrante, o TJSP concluiu pela existência de prova suficiente para,

dando provimento ao apelo do Ministério Público, condenar a paciente também pela prática do crime de tráfico de drogas, como para manter a condenação do crime de associação para o tráfico.
Destacou-se a hierarquia existente dentro do grupo criminoso e a divisão de tarefas atribuídas a cada um dos integrantes. A paciente, esposa de um dos corréus, seria responsável por recolher o dinheiro das vendas, mantê-lo sob sua guarda e depositá-lo nas instituições financeiras, além de reiteradas vezes transportar os entorpecentes até pontos de distribuição.
Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias sobre a prática do crime de associação para o tráfico de drogas demandaria o aprofundado revolvimento do extenso conjunto fático-probatório carreado aos autos da ação penal, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus.*
Habeas corpus não conhecido."
(HC 340.759/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 18/09/2018)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.*
Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator