

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 476.215 - SC (2018/0284330-2)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : LUCAS SILVY SANTOS E OUTRO  
**ADVOGADOS** : SILVIO DOS PASSOS - SC043259  
LUCAS SILVY SANTOS - SC0047804  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : GUILHERME ERARDT VAMBOMMEL (PRESO)

## EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DIÁLOGOS MANTIDOS NO *WHATSAPP*. DESNECESSIDADE. PACIENTE QUE INSERIU ESPONTANEAMENTE A SENHA DE DESBLOQUEIO DA TELA DO SEU CELULAR AOS AGENTES QUE O ABORDARAM. DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS REALIZADAS PELA POLÍCIA MILITAR. USURPAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA CIVIL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO DECLINARAM OBJETIVA E CONCRETAMENTE A ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DOS AGENTES PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO (DOLO) NÃO INDICADO. ÔNUS QUE SE IMPÕE NO SISTEMA ACUSATÓRIO. CONFIGURAÇÃO DE MERA REUNIÃO OCASIONAL. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME NO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06 DE RIGOR. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de GUILHERME ERARDT VAMBOMMEL – condenado pelos crimes dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, à sanção reclusiva de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1.399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, em regime carcerário inicial fechado – contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina nos autos na Apelação n.º 0000003-08.2018.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz/SC, assim ementado (fls. 590-592):

*"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL (LEI*

11.343/2006, ART. 33 E ART. 35, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DAS DEFESAS. PRELIMINAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NÃO ACOLHIMENTO. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLENO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRELIMINAR. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE SIGILO TELEFÔNICO. NÃO OCORRÊNCIA. COLETA DE DADOS EXISTENTES NO CELULAR DO AGENTE QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE (CPP, ART. 6º, II). DADOS NÃO ABARCADOS PELA PROTEÇÃO CONFERIDA AO SIGILO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. CELULAR DESBLOQUEADO ESPONTANEAMENTE PELO AGENTE. PROVA LÍCITA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS CRIMES COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE ATUARAM NA PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CONCRETA DE MÁ-FÉ OU DE CONTRADITA (CPP, ART. 214). PROVA ORAL CORROBORADA PELO RELATÓRIO FORNECIDO PELA AGÊNCIA DE INTELIGÊNCIA DA POLÍCIA MILITAR, NO QUAL HOVE MATERIALIZAÇÃO DE DENÚNCIAS E INFORMAÇÕES DA PRÁTICA DA MERCANCIA ILÍCITA DE DROGAS EMPREENDIDA EM CONJUNTO PELOS AGENTES, PELO MENOS DESDE ABRIL DE 2017 QUE SE MANTEVE ATÉ JANEIRO DE 2018, QUANDO CULMINOU NA ABORDAGEM E PRISÃO EM FLAGRANTE. APREENSÃO DE QUANTIDADE SIGNIFICATIVA E VARIADA DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA CONVERGÊNCIA DE VONTADES E ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO FORMADA PELOS DOIS AGENTES. VERSÕES DEFENSIVAS CARENTES DE RESPALDO PROBATÓRIO SUFICIENTE (CPP, ART. 156). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DESCRITO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ANÁLISE PREJUDICADA. TIPICIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS CONFIGURADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AFASTAMENTO DA EXASPERAÇÃO. INVIÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006. TERCEIRA FASE. CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEMONSTRADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REGIME. ABRANDAMENTO. INVIÁVEL. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA PENA SUPERIOR A OITO ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSÍVEL. QUANTIDADE DA PENA CONSTITUI ÓBICE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. SENTENÇA

# *Superior Tribunal de Justiça*

*MANTIDA.*

- A denúncia que preenche integralmente os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal não pode ser considerada inepta. - Não constitui irregularidade ou violação ao sigilo telefônico a análise do teor das mensagens constantes no telefone celular apreendido em poder do agente surpreendido na posse de material entorpecente. Precedentes do STF e desta Corte.

- Não há falar em absolvição por insuficiência de provas, quando a materialidade e autoria delitivas encontram respaldo na palavra dos policiais que conduziram a prisão em flagrante, despida de má-fé e sem contradita, inclusive corroborada pelos demais elementos de convicção, ao passo que a versão defensiva, por sua vez, não vai além da mera alegação, mostrando-se apartada do conjunto probatório.

- Demonstrado pelo conjunto probatório o dolo associativo entre os agentes, assim como a estabilidade e a permanência da sociedade criminosa, fica configurado o delito descrito no artigo 35, caput, da Lei 11.343/2006.

- A consideração da quantidade e natureza da droga como fator de incremento da pena encontra respaldo no art. 42 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo de que o julgador, no âmbito de discricionariedade que lhe confere a lei, amolde tal circunstância em algum dos vetores do art. 59 do Código Penal.

- Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, 'mantida a condenação do agravante pelo crime de associação para o tráfico, fica inviabilizado o pedido de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.' (REsp 1.501.855/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 16-5-2017, d. m.).

- Pena superior a 8 (oito) anos de reclusão deve ser iniciada em regime fechado (CP, art. 33, §2º, 'a') e constitui óbice à concessão do benefício previsto no art. 44 do Código Penal.- Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

- Recursos conhecidos, preliminares afastadas e desprovidos."

Daí a presente impetração, em que se alega a nulidade do feito porque a) houve acesso a diálogos mantidos no whatsapp sem autorização judicial; b) o relatório da Polícia Militar estadual é inválido, pois "não é da atribuição da polícia militar exercer a função de polícia judiciária e investigativa, conforme mandamentos constitucional e infraconstitucional específicos" (fl. 20); e c) que a jurisdição ordinária deveria ter absolvido o Paciente pelo crime de associação, por não ter sido ressaltada "a união de desígnios, a estabilidade e a permanência da prática delitiva, bem como outras circunstâncias, como, por exemplo, graus hierárquicos de subordinação e divisão de tarefas, todas elas

# Superior Tribunal de Justiça

*necessárias para a caracterização da prática delitiva ora dada à estampa" (fl. 21).*

Ao final, requer-se a invalidação do procedimento criminal em razão das provas ilegais ou, subsidiariamente, a absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas.

Não foram solicitadas informações (fl. 673).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 675-691, em parecer assim ementado (fls. 675-676):

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA ILICITUDE DE ACESSO A MENSAGENS EM CELULAR NO MOMENTO DO FLAGRANTE. AUTORIZAÇÃO DO PACIENTE. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA ELABORADO PELA POLÍCIA MILITAR. VALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATÉRIA SUPERADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. É lícita a colheita de dados em celular, em aplicativo de troca de mensagem, obtida no momento do flagrante, quando há prévia autorização do portador do aparelho. Precedentes da 3ª Seção.

3. A realização de relatório de investigação pela Polícia Militar, visando ao combate ao tráfico de drogas, longe de violar atribuição afeta à Polícia Civil, imprime maior eficiência na atividade de policiamento ostensivo e na preservação da ordem pública.

4. Não comporta a pecha de inepta a denúncia que descreve com clareza os fatos criminosos e as suas circunstâncias, além de classificar os crimes e individualizar os denunciados. Ademais, com a superveniência de sentença condenatória fica ultrapassada discussão sobre a inépcia da denúncia.

5. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e, ausente constrangimento ilegal, pela não concessão da ordem de ofício."

É o relatório. Decido.

Quanto às alegações *a* e *b*, a ordem deve ser denegada.

Inicialmente, na hipótese não cabe a discussão sobre a necessidade de

# *Superior Tribunal de Justiça*

autorização judicial para o acesso aos diálogos mantidos no *Whatsapp*.

Quanto ao ponto, destaco o seguinte trecho da sentença (fls. 415-416; sem grifos no original):

*"Não há que se falar em nulidade da prova obtida por intermédio do celular apreendido com o acusado Guilherme, pois, como se verá adiante, o acesso aos dados e informações dele constantes foi por ele mesmo franqueado aos policiais responsáveis pela sua prisão, o que admitiu ter feito de forma espontânea, entregando o aparelho e inserindo a senha de desbloqueio, até porque, do contrário, eles jamais teriam conseguido visualizar as conversas do aplicativo whatsapp indicativas da narcotraficância (depoimento audiovisual – p. 37 e 212).*

*É bem verdade que o cenário daquele dia e a situação em que se encontrava poderia ter contribuído para que se sentisse constrangido a confiar seu aparelho aos policiais, talvez como uma decorrência lógica da tensão inerente a uma abordagem policial daquele tipo. Isto, contudo, não é o que se extrai do conjunto probatório, especialmente dos testemunhos de alguns daqueles que estavam presentes na ocasião, uníssonos no sentido de que **Guilherme, após breve resistência, colaborou com as investigações neste particular, liberando o aparelho para averiguação dos policiais.***

*Logo, forçoso concluir que essa sua resistência nada mais era do que uma forma de evitar que aqueles agentes, a par do conteúdo de seu celular, confirmassem as suspeitas que sobre ele já recaíam em virtude de investigações pretéritas da PM, suspeitas estas das quais ele demonstrou ter conhecimento inclusive ao alegar que há algum tempo estaria sendo perseguido por alguns deles. E isto, por óbvio, não tem o condão de afastar a licitude da prova obtida.*

*[...].*

*[...] não há nenhuma comprovação de que os policiais teriam agido com abuso de autoridade e tampouco forçado Guilherme a liberar o aparelho para aquela averiguação preliminar e superficial – já que o acesso à integralidade ocorreu depois –, coisa que lhes competia fazer por imposição de lei (art. 6º, II e II, do CPP), como forma de avaliar a necessidade da realização da pertinente prova pericial, no caso, devidamente autorizada por este Juízo (p. 213/215 e 236/247)."*

Outrossim, no voto condutor do acórdão ora impugnado, o Relator consignou o que se segue (fls. 609-610):

*"[N]ão obstante a alegada coação perpetrada pelos policiais para acessarem o celular de Guilherme, ele mesmo afirmou, na Delegacia, que o policial pediu a senha do celular para olhar se 'não tinha*

# Superior Tribunal de Justiça

nada demais', de modo que desbloqueou o aparelho para ele e disse 'olha, é o mesmo celular que o senhor viu semana passada' (fl. 37).

Já em juízo, relatou que, nas várias vezes em que foi parado pelos policiais, sempre 'abriu' seu celular e mostrou que não tinha qualquer envolvimento no tráfico. **No dia da abordagem, eles falaram que era para 'abrir' o celular, de modo que, num primeiro momento não quis atender ao pedido, porém, acabou 'abrindo' espontaneamente ao colocar sua senha.**

Além disso, há o depoimento da testemunha Karolaine da Silva, arrolada pela defesa, que, indagada pela juíza singular, relatou que presenciou a abordagem de Guilherme e explicou que, na verdade, um policial foi 'grosso' quando pediu o celular, de modo que Guilherme não quis dar. Então, **outro policial, mais gentil, pediu que entregasse e foi atendido. Depois que eles estavam com o celular, a senha foi espontaneamente colocada por Guilherme, mas não foi revelada aos agentes públicos** (fl. 212)."

Portanto, conforme as instâncias ordinárias – soberanas na avaliação do contexto fático probatório – o Paciente inseriu **espontaneamente** a senha de desbloqueio da tela do seu celular aos agentes que o abordaram. É de rigor prevalecer, portanto, que o acesso ao *smartphone* foi consentido, o que afasta a suscitada ilegalidade, no ponto.

Com igual conclusão, desta Corte:

"[...].

**ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACESSO A FOTOGRAFIAS CONTIDAS EM APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRÉVIO CONSENTIMENTO DO PROPRIETÁRIO. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.**

1. A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X e XII, prescreve como sendo invioláveis 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas', bem como 'o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'.

2. A partir dos aludidos comandos constitucionais, foi editada a Lei 9.296/1996, que, regulamentando a parte final do inciso XII do artigo 5º da Carta Magna, dispõe, no artigo 1º, que 'a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça'.

3. A Lei 9.296/1996 restringe-se às comunicações telefônicas e

# *Superior Tribunal de Justiça*

*de sistemas de informática e telemática, não se estendendo, assim, aos dados já registrados nos respectivos aparelhos. Precedente do STF.*

4. *Contudo, o fato de a Lei 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins, não permite que a polícia devesse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial. Precedentes do STJ.*

5. *Na espécie, não obstante os policiais tenham acessado o conteúdo do aparelho celular sem prévia autorização judicial, agiram com consentimento do próprio paciente, o que afasta a eiva articulada na impetração. Precedentes. [...]" (HC 512.963/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 22/08/2019; sem grifos no original).*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO DO RÉU. POSSIBILIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

1. **O acesso da polícia aos dados do celular, com a devida autorização do réu, afasta a ilicitude da prova.**

2. **A desconstituição das premissas fáticas assentadas no acórdão, relativamente à existência de vício de consentimento ou mesmo acerca da insuficiência probatória, exigiria revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.**

3. **Fixada a pena-base no mínimo legal, incabível a redução da sanção abaixo do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstância atenuante, nos termos da Súmula 231/STJ.**

4. **Agravo regimental improvido."** (AgRg no REsp 1.770.301/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 28/06/2019; sem grifos no original.)

Já a alegação de que o relatório da Polícia Militar estadual é inválido, pois *"não é da atribuição da polícia militar exercer a função de polícia judiciária e investigativa, conforme mandamentos constitucional e infraconstitucional específicos"* (fl. 20) não encontra respaldo jurídico em razão do entendimento desta Corte Superior de que *"[a] Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, evidenciando a legalidade de investigações realizadas*

# Superior Tribunal de Justiça

*pela polícia militar e da busca e apreensão por aquela corporação realizada, mediante ordem judicial"* (RHC 97.886/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; sem grifos no original).

Reproduzo ainda o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS A EMBASAR A CUSTÓDIA. WRIT NÃO PREJUDICADO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. USURPAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA CIVIL. INEXISTÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. [...].

3. A tese de usurpação da competência da Polícia Civil pela Polícia Militar, no caso, não encontra respaldo jurídico, pois, diversamente das funções de polícia judiciária - exclusivas das polícias federal e civil -, as funções de polícia investigativa podem ser realizadas pela Polícia Militar.

4. [...].

8. Ordem denegada." (HC 476.482/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019)

Deve ser concedida a ordem, todavia, na parte em que se requer a absolvição pelo crime de associação para o tráfico de drogas (alegação c).

No caso, alega-se que *"a associação criminosa prevista no artigo 35 da Lei 11.343/2006, pois, traz em sua redação um tipo penal específico, bem como circunstâncias para a sua configuração, fazendo com que a omissão narrativa de tais circunstâncias, somada à ausência de individualização das condutas praticadas, revele-se em nulidade absoluta"* (fl. 21).

Não se descarta que, se tivessem as instâncias ordinárias declinado elementos concretos que demonstrassem que os Agentes, de forma estável e permanente, associaram-se para praticar o delito do art. 35 da Lei de Drogas, reavaliar a conclusão sobre a comprovação ou não do elemento subjetivo do tipo de associação para o tráfico implicaria indevida incursão no acervo fático-probatório – exame vedado na via eleita, de rito



# *Superior Tribunal de Justiça*

célere e cognição sumária.

Essa não é a hipótese dos autos.

Inicialmente, na denúncia, não há nenhuma referência ao **dolo** dos agentes de vincularem-se permanentemente e de forma estável com a finalidade de praticarem o delito de tráfico. Confira-se (fls. 126-127; sem grifos no original):

*"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por sua Promotora de Justiça, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, com fundamento no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, e com base nas informações constantes no Auto de Prisão em Flagrante n. 00000003-08.2018.8.24.0057, vem perante Vossa Excelência oferecer DENÚNCIA contra*

*GUILHERME ERARDT VAMBOMMEL, brasileiro, solteiro, servente, filho de Cleusa Aparecida Erardt e Remberto Vambommel, nascido em 11.6.1996, natural de São José/SC, residente na rua São João, n. 815, bairro centro, em Santo Amaro da Imperatriz/SC, atualmente recolhido na Delegacia de Polícia de Santo Amaro da Imperatriz/SC; e, ROBERTO GUCKERT STEFFENS, brasileiro, solteiro, calceteiro, filho de Irene Guckert e Jair Steffens, nascido em 9.4.1997, natural de São José/SC, residente na rua São João, n. 815, bairro centro, em Santo Amaro da Imperatriz/SC, atualmente recolhido na Delegacia de Polícia de Santo Amaro da Imperatriz, em razão da prática dos seguintes fatos:*

*Colhe-se dos autos que no dia 5 de janeiro de 2018, por volta das 23h, enquanto os policiais militares voltavam de uma ocorrência no município de Rancho Queimado, avistaram o veículo Fiat/Palio de cor vermelha, que já é conhecido da guarnição pelo exercício da mercancia ilícita por parte dos denunciados Guilherme Erardt Vambommel e Roberto Guckert Steffens, razão pela qual resolveram proceder a devida abordagem nas imediações do Auto Posto Serramar, localizado na rua Francisco Kuhnen, s/n., bairro Santa Cruz da Figueira, em Águas Mornas, nesta comarca.*

*Assim foi que, em buscas no interior do veículo Fiat/Palio de cor vermelha, a guarnição policial logrou êxito na apreensão de uma pequena quantidade da droga conhecida vulgarmente como maconha. Mais não fosse, em verificação ao aparelho celular do denunciado Guilherme Erardt Vambommel, visualizaram conversas nas quais efetuou a venda da droga ilícita conhecida como 'loló'.*

*Na sequência, os policiais militares dirigiram-se até a residência dos denunciados Guilherme Erardt Vambommel e Roberto Guckert Steffens localizada na rua São João, n. 815, bairro Centro, em Santo Amaro da Imperatriz, nesta comarca.*

*Já no aludido local, abordaram o denunciado Roberto Guckert*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Steffens, o qual, assim que visualizou a guarnição policial chegando na residência saiu correndo e tentou dispensar um tablete de maconha pelo vaso sanitário, porém, sem sucesso.*

*Ademais, no interior da morada foram apreendidos maconha, facas sujas com resquícios da droga ilícita, balança de precisão e cerca de 44 gramas de cocaína, tubos para o acondicionamento de 'loló', cerca de R\$375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) em espécie, 11 comprimidos de ecstasy e 6 micropontos de LSD, conforme termo de apreensão de fl. 22.*

*Evidente que os denunciados Guilherme Erardt Vambommel e Roberto Guckert Steffens mantinham em depósito, transportavam, ofereciam, traziam consigo, expunham à venda, e efetivamente vendiam, a consumo alheio, substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica em seus usuários – maconha, cocaína, LSD e ecstasy, isto, em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

*Registre-se que a maconha, cocaína, LSD e ecstasy são consideradas substâncias tóxicas entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica, proibidas em todo o Território Nacional, por disposição da Portaria nº 344, de 12.05.1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC nº 7, de 26/02/2009, estando enquadradas na Lista F1 (Lista das Substâncias Entorpecentes de uso proscrito no Brasil), da mesma Portaria.*

***Por fim, visível que os denunciados Guilherme Erardt Vambommel e Roberto Guckert Steffens associaram-se de forma estável e permanente a fim de praticar o delito de tráfico de drogas.***

*Assim agindo, os denunciados Guilherme Erardt Vambommel e Roberto Guckert Steffens infringiram o disposto no art. 33, caput, e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.*

*Por estas razões, requer sejam eles notificados nos termos do artigo 55 da Lei supra para apresentar defesa preliminar no prazo de 10 (dez) dias e o posterior recebimento da denúncia, com correspondente citação e processamento, até final sentença e condenação."*

Não há a indicação de elemento subjetivo também na sentença, em que se narrou tão somente a ocorrência de **reunião ocasional**, evidenciada pela leitura do trecho que ora reproduzo (fl. 426):

*"O crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) também está devidamente delineado nos autos, cujas provas acima apreciadas, comprobatórias tanto a materialidade quanto da autoria, não convergem para outra conclusão senão a de que Guilherme e Roberto uniram-se com a finalidade de juntos*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*comercializarem diversas espécies daquelas substâncias (maconha, cocaína, LSD e ecstasy).*

*De fato, nada obstante a negativa de ambos a respeito dessa sociedade, há suficientes elementos demonstrando que havia sim um vínculo estável e permanente entre eles. Basta ver o conteúdo dos depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante e principalmente das informações constantes do Relatório da Agência de Inteligência da PM, tudo no sentido de que os dois estavam, pelo menos desde abril de 2017, comercializando drogas naquela localidade (p. 37 e 212; 58/79), o que costumavam fazer, após contato dos usuários pelo telefone (aplicativo de mensagens), mediante entrega com seus próprios veículos (Palio vermelho e Golf branco).*

*Por todas as razões expostas, ficou demonstrado que os acusados, sem autorização legal, adquiriram, guardaram, mantiveram em depósito, ofereceram, venderam, transportaram, trouxeram consigo, entregaram a consumo e forneceram substâncias classificadas como drogas, capazes de causar dependência física e/ou psíquica (arts. 1º, p. único, e 66, ambos da Lei n. 11.343/2006, c/c Portaria SVS/MS 344/1998).*

*Do mesmo modo, que se associaram, de forma permanente e estável, com o escopo de praticarem o crime de tráfico de drogas. E assim, por corolário lógico, tem-se como configurados os crimes de tráfico de drogas e de associação para tal finalidade (arts. 33, caput, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006)."*

No mais, em seu voto, o Relator da apelação na origem igualmente **não apontou concretamente** circunstâncias que demonstrassem o intento dos agentes e que eles se associaram de forma perene. Confira-se (fls. 614-615):

*"Embora o dolo específico do crime dependa desse animus de associarem-se os agentes com estabilidade e permanência, a consumação do crime se dá com a própria associação, ou seja, não depende da prática dos crimes pretendidos, nem da duração no tempo, tampouco da demonstração de efetiva divisão de tarefas ou de funções específicas.*

*Veja-se, a respeito, a lição de João José Leal e Rodrigo José Leal:*

*[...].*

*No caso, a materialidade dos crimes encontra respaldo no boletim de ocorrência de fls. 2-4; autos de apreensão de fls. 21-23, dos quais se extrai que, em decorrência da abordagem de Guilherme, foram apreendidos 8 gramas e 3 decigramas de maconha dentro da carteira de cigarro, R\$ 350,00, 1 celular e 3 tubos de "loló" vazios; já em decorrência da abordagem de Roberto, foram apreendidos 44 gramas e*

# Superior Tribunal de Justiça

60 decigramas de cocaína, 66 gramas e 40 decigramas de maconha, 11 comprimidos de "ecstasy", 6 micropontos de "LSD", 1 frasco para acondicionamento de "loló", 1 (uma) balança de precisão, 2 (duas) facas de cozinha sujas de maconha, 2 celulares, 18 tampas de frascos de "loló" e R\$ 25,00; laudo de constatação provisória de substância entorpecente de fl. 23; relatório de informações fornecido pela Agência de Inteligência da Polícia Militar (fls. 58-65); laudo pericial de identificação de substâncias entorpecentes de fls. 262-265, do qual se extrai que, nos 6 "quadrados" de papel foi constatada a substância 25I-NBOH, nos 11 comprimidos foi constatada a substância n-etilpentilona, nos 70 gramas e 5 decigramas foi constatada a substância THC e nos 43 gramas e 7 decigramas foi constatada a substância cocaína, todas de uso proscrito no território nacional."

Dessa forma, mostra-se indevida a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, no qual o sistema acusatório impõe o ônus de demonstrar a configuração do elemento subjetivo do tipo, com "**a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa**" (HC 462.888/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 05/11/2018; sem grifos no original).

Com igual conclusão, destaco ainda os seguintes precedentes:

**"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 é 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. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. 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

# *Superior Tribunal de Justiça*

**subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Precedentes.**

**2. O Tribunal a quo não fez menção, ainda que de forma sucinta, de qualquer elemento que comprove a estabilidade ou permanência da associação. Assim, inviável a condenação do paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

**REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

1. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias tóxicas que não se revela expressiva, e arma de uso permitido, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.

**2. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico, fixando-se o regime aberto para o resgate da sanção reclusiva e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo competente." (HC 407.685/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018; sem grifos no original).**

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E DE PERMANÊNCIA NO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. 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**

# Superior Tribunal de Justiça

***vínculo subjetivo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.***

3. In casu, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente, o menor apreendido e a facção criminosa local. Na falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes no cometimento do delito de associação para o tráfico, a absolvição do paciente é medida que se impõe.

4. [...].

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, resultando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, no regime inicial semiaberto." (HC 516.811/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019).

Em suma, na espécie, as instâncias ordinárias ressaltaram apenas a configuração de delito de tráfico de drogas em concurso eventual de agentes, deixando de escrever os fatos que demonstrassem o dolo e a **existência objetiva de vínculo estável e permantente entre os agentes.**

No mais, concluir que as instâncias ordinárias não se valeram do melhor direito para condenar o Paciente (HC 172.128/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 11/06/2014) não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, na denúncia e nos atos decisórios não estão **descritos os elementos** do tipo do art. 35 da Lei de Drogas. Todavia, no sistema acusatório, constitui ônus estatal demonstrar de forma inequívoca a configuração de delitos.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus*, tão somente para absolver o Paciente da condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, devendo ainda o Juiz da causa estabelecer o regime prisional que reputar adequado para a condenação remanescente, afastada a fixação apriorística do modo fechado para crimes hediondos. ESTENDO o provimento, em iguais termos, ao Corréu ROBERTO GUCKERT STEFFENS (art. 580 do Código de Processo Penal).

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora

