HABEAS CORPUS Nº 462.284 - MS (2018/0194010-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	ELIANE DO AMARAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de ELIANE DO AMARAL contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em segundo grau, a 4 anos e 8 meses de reclusão em regime semiaberto, pela prática dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33, § 4º, e 35 da Lei n. 11.343/06).

A impetrante requer a absolvição da paciente quanto ao delito do art. 35, sob o argumento de que não foi demonstrada estabilidade e permanência. Afirma que a aplicação do § 4º no delito de tráfico reforça essa tese.

O Ministério Público Federal, às fls. 477/481, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, sucessivamente, pelo seu indeferimento.

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção da paciente.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito à condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35). Nesse ponto, eis os fundamentos apresentados na origem:

> **Sentença:**
> *[...]*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084

Como se vê, há provas concretas no sentido de que os réus praticavam ambos os delitos imputados em denúncia. Em primeiro lugar, a associação mostra-se atestada, mediante o vínculo do então casal em transformar a residência em que conviviam em ponto de venda de drogas ("boca de fumo"), onde havia entorpecente acondicionado e petrechos para o preparo das substâncias.

Em segundo lugar, o delito de tráfico está comprovado - ainda que o réu Rafael afirme ter somente "guardado" droga em troca de dinheiro - vez que os verbos "acondicionar" e "manter em depósito" são elencados no "caput" do art. 33 da Lei 11.343/06. Não obstante, a forma em que se encontravam dispostas as porções, a presença de balança de precisão e o relato dos policiais que participaram das investigações no sentido de que o local era freqüentemente associado por usuários à venda de drogas, demonstram, com firmeza que os réus de fato comercializavam o entorpecente.

Destaca-se que, em que pese apresentar negativa quanto à prática dos crimes, foi justamente a ré Eliane a responsável por apontar aos agentes policiais os três locais (um na sua residência e dois na resdiência de sua genitora) em que havia entorpecentes acondicionados. Ora, como pode alegar desconhecer a presença de droga e indicar onde estavam as substâncias? Por certo, trata-se de tese defensiva sem subsídio no contexto probatório.

Assim, restaram comprovadas nos autos a autoria e a materialidade dos delitos de associação ao tráfico e de tráfico de substância entorpecente imputados, de modo que a condenação se torna impositiva, como forma de repulsa de condutas ilícitas dessa natureza.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva contida na denúncia e, de conseqüência, CONDENO os réus Rafael Cícero dos Santos e Eliane do Amaral, qualificado nos autos, nos termos dos artigos 33, "caput", e 35, "caput", ambos da Lei 11.343/2006.

PASSO A DOSAR A PENA

[...]

2. RÉ Eliane do Amaral:

Crime de tráfico de drogas (art. 33, "caput" da Lei 11.343/06):

Considerando a culpabilidade da ré, cuja reprovabilidade não destoa daquela já compreendida pelo tipo, os seus bons antecedentes (fl. 68), sua conduta social e personalidade, que não lhe prejudicam, aos motivos egoísticos do crime, que visa vantagem ilícita sem o sacrifício do trabalho, as conseqüências do crime, que são graves e causam danos irreversíveis e de grande potencial ofensivo à família e à sociedade como um todo, fixo-lhe a pena base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, calculados o dia à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos.

Não há atenuantes ou agravantes a apreciar na segunda fase da dosagem.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084

Ainda, tendo em conta a causa de diminuição prevista no parágrafo 4.° do artigo 33 da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/3 (um terço), quedando-se para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. na razão já estabelecida acima, que torno definitiva, ante a ausência de outras causas legais modificadoras. 11.343/06).

Crime de associação ao tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06):

Considerando a culpabilidade da ré, cuja reprovabilidade não destoa daquela já compreendida pelo tipo, os seus bons antecedentes (fl. 68), s sua conduta social e personalidade, que não lhe prejudicam, aos motivos egoísticos do crime, que visa vantagem ilícita sem o sacrifício do trabalho, as conseqüências do crime, que são graves e causam danos irreversíveis e de grande potencial ofensivo à família e à sociedade como um todo, fixo-lhe a pena base em seu mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, calculados o dia á razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos.

Considerando que a pena fora fixada no mínimo legal, deixo de apreciar a atenuante da confissão espontânea. Demais disso, nada havendo a se apreciar na última fase da dosagem, torno a pena acima definitiva ante a ausência de demais causas legais modificadoras.

Do concurso material:

Considerando a incidência do concurso material (art. 69 do CP), somo as reprimendas fixadas, passando a pena final ao montante de 06 (seis) anos. 04 (quatro) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 1033 (mil e trinta e três) dias-multa. à razão já estabelecida.

[...]

A ré Eliane do Amaral, por sua vez, cumprirá sua reprimenda inicialmente em regime semiaberto, por ser primária, conforme disposição contida no art. 33, § 2º, "b" do CP (fls. 229/233).

Acórdão:

[...]

O ponto de infrigência, portanto, cinge-se a averiguar se as provas são suficientes a comprovar que os embargantes associaram-se para o tráfico, incidindo, pois, nas penas do art. 35 da Lei de Drogas.

Nada obstante o respeito devido à divergência, comungo do posicionamento adotado pela maioria no julgamento do recurso de apelação.

Emerge deste caderno processual que a mantença do decreto condenatório em relação ao delito de associação para o tráfico afigura-se inevitável, porquanto o conjunto probatório demonstra à saciedade a autoria e, sobretudo, a materialidade.

Indene de dúvidas, a materialidade está devidamente comprovada, porquanto consubstanciado no farto acervo probante angariado na persecução penal, consoante se verifica do Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 06/07), Boletim de Ocorrência (fls. 25/27),

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084

Laudo Preliminar de Constatação de Entorpecente (fls. 44 e 46), Auto de Apreensão (fls. 28/29), Laudo de Exame Toxicológico (fls. 88/91), bem como pela oitiva de testemunhas.

E, de igual modo, a autoria é inconteste, máxime considerando a atuação dos acusados, dedicados à traficância desenvolvida em residência comum, pois eram conviventes, de sorte que não há falar em ausência de associação.

Extrai-se que o delito era mais um dentro do contexto de traficância desenvolvida pelos recorrentes, decorrente da associação que haviam estabelecido, de maneira organizada, planejada e estável, mesmo porque somente assim conseguiriam êxito na operação, dadas as circunstâncias e peculiaridades do caso.

E esse quadro traz à lume a caracterização da associação prevista no art. 35, caput, da atual Lei Antitóxicos.

Como cediço, o atual diploma Antitóxicos não abordou a chamada associação eventual, então disciplinada na legislação anterior. Versa o tipo sobre crime autônomo, cuja consumação se verifica independentemente da prática efetiva de algum dos delitos de tráfico, desde que demonstrada a associação de pessoas, societas criminis, mediante ajuste prévio.

Nesse contexto, a expressão "reiteradamente ou não", contida no dispositivo, não altera o entendimento aqui esposado, tampouco induz à conclusão de que estaria, doravante, a abranger também a associação eventual, à medida que a estabilidade ou durabilidade do ânimo associativo independe do efetivo cometimento de infrações, muito menos reiteradamente. Visa apenas realçar que o delito configura-se com a convergência de vontades, animus associativo estável e duradouro, com o fim específico de traficar substâncias entorpecentes ou maquinários, ainda que alguma dessas infrações não venha a ocorrer. Tanto que, caso sejam cometidas, aí sim, reiteradamente ou não, verificar-se-á concurso material de delitos, pois, como frisado, a caracterização da associação em pauta independe da prática dos crimes referidos no tipo.

A expressão acima citada, portanto, não guarda correlação com a natureza do ajuste, duradouro, organizado e estável, mas sim, com a possibilidade de, em momento posterior, vislumbrar-se concurso material com as infrações efetivamente perpetradas, ainda que não reiteradamente. Se assim não o fosse, é óbvio que a associação, embora assemelhada ao delito previsto no art. 288 do Código Penal, jamais se consumaria, ao contrário do que ocorre com este último, com o simples pacto, acordo de vontades, animus associativo duradouro, vez que, nessa hipótese, ainda estaria a depender do efetivo cometimento dos crimes ali enfocados, fulminando, inclusive, qualquer possibilidade de concurso material.

Gize-se, neste particular, o comentário de Rogério Sanches Cunha, in Nova Lei de Drogas Comentada, ed. RT, p.170, obra coordenada por Luiz Flávio Gomes: "O art. 35 traz modalidade especial de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Contudo, diferentemente da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084

quadrilha, a associação para o tráfico exige apenas duas pessoas (e não quatro), agrupadas de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput (tráfico de drogas) e 34 (tráfico de maquinário) desta Lei. "

Embora Eliane tenha negado o cometimento dos crimes, Rafael, ouvido em juízo, confirmou que a droga estava na residência, aduzindo que terceira pessoas havia pedido para guardá-la, inclusive assumiu a propriedade da balança de precisão.

Ocorre que o policial civil Silvio Ramos Pereira e o Delegado de Polícia Civil Edson Luiz Ruiz Ubeda, na fase processual, apresentaram relatos consentâneos ao cenário de associação para o tráfico, pois já investigavam há algum tempo a casa dos embargantes, utilizada como boca de fumo por usuários de drogas, que ali adquiriam entorpecentes.

Ademais, a associação dos réus se evidencia dos relatos dos policiais, os quais externaram que Eliane foi quem apontou os locais em que o entorpecente estava escondido, o que demonstra total conhecimento acerca do tráfico.

Aliás, a genitora da ré, Nair Pontes, aduziu que Eliane e Rafael não trabalhavam, contudo verifica-se que tinham quatro filhos, o que demonstra que apenas através da associação para a traficância que mantinham poderiam custear as despesas com aluguel e custeio dos filhos.

E a divisão de tarefas fica ainda mais clara ao se verificar a apreensão de petrechos para pesagem e embalagem de drogas apreendidos, situação a demonstrar que os réus atuavam com ânimo associativo para o fim de traficar em ponto de venda conhecido pelo comércio de entorpecentes.

[...]

Assim, além de comprovada a narcotraficância desenvolvida pelos acusados, resta configurada a associação para fins de tráfico, sobretudo porque é clara a divisão de tarefas, e as atribuições ilícitas de cada um.

Por corolário, com a manutenção do acórdão que condenou os embargantes pelo crime de associação para o tráfico, ficam mantidas também as penas fixadas, sobretudo no tocante ao regime prisional semiaberto, sem direito à substituição por restritivas de direitos (fls. 421/424).

A jurisprudência desta Corte Superior sedimentou-se no sentido de que, notadamente após a abolição do delito de associação eventual para o tráfico, tipificado na antiga legislação de drogas, a caracterização do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 demanda a comprovação do dolo de se associar para a prática do narcotráfico, com estabilidade e permanência.

No caso dos autos, a sentença e o julgamento colegiado indicaram a

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084

estabilidade e a permanência exigidas para a tipificação da infração penal análoga ao delito em tela.

Assim, é certa a impossibilidade de revisão desse entendimento, que demandaria incursão probatória, inadmissível em *habeas corpus*. Vejam-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES QUE INDICAM O TRÁFICO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *- 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 n. 11.343/2006. Na espécie, tendo a Corte local, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, constatado que os agravantes praticaram o delito de associação para o tráfico, é inviável desconstituir tal premissa em sede de habeas corpus, diante da necessidade de revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do mandamus, de cognição sumária. Precedentes. [...]*
>
> *- Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC 420.808/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 08/03/2018)

> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.*
>
> *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. Doutrina. Precedentes.*
>
> *2. Tendo as instâncias de origem reconhecido, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que o paciente integraria organização criminosa estável e permanente, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, afastando-se a coação ilegal suscitada na*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084

> *impetração.*
>
> *3. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus. [...]*
>
> *REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. ENUNCIADOS 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...]*
>
> *2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente."* (HC 392.153/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 07/06/2017).

Ademais, a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito. Desse modo, a paciente já foi indevidamente beneficiada, porquanto a causa especial de diminuição sequer poderia ser aplicada.

Por fim, mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias, o pleito de abrandamento de regime encontra-se prejudicado.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D6EAE40A-A729-4112-977D-29B81D212084