

HABEAS CORPUS 183.361 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : _____

IMPTE.(S) :DIRCEU ROSA ABIB JUNIOR

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

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Dirceu Rosa Abib Junior, em favor de _____, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AREsp 1.526.163/SP.

Colho o relatório da decisão impugnada:

“Trata-se de agravo apresentado por _____ contra a decisão que não admitiu seu recurso especial.

O apelo nobre, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea "a", da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Quanto à controvérsia, alega violação do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, no que concerne à absolvição do recorrente pelo crime de associação ao tráfico, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

[...]

No STJ, o recurso especial não foi conhecido.

Nesta Corte, a defesa insiste no pedido de absolvição do crime de associação ao tráfico. Requer, ainda, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

Para tanto, destaco os seguintes trechos da sentença, quanto ao reconhecimento do crime de associação para o tráfico:

“A autoria de ambos os delitos também é certa e segura, devendo ser atribuída aos réus. Formalmente interrogados na Delegacia de Polícia, _____ assumiu a totalidade do entorpecente apreendido em sua residência, isentando a sua companheira, a corré _____, de qualquer envolvimento na prática do delito. Nesse sentido, o acusado estatuiu que estava desempregado há

três meses, motivo pelo qual se dirigiu até a cidade de Ribeirão Preto e lá adquiriu, de um desconhecido, e pela quantia de R\$ 40.000,00, as drogas posteriormente localizadas pelos policiais, as quais seriam destinadas à revenda nesta comarca. Admitiu que os potes de fermento em pó seriam misturados à droga, e que a balança de precisão e as embalagens vazias também seriam empregadas na atividade do tráfico (fl. 13). A acusada _____, nessa mesma linha, salientou que vive em união estável com _____ há três meses, destacando que ele estava desempregado há algum tempo. De outro lado, confirmou ter franqueado o acesso dos policiais no interior de seu imóvel, ocasião em que localizaram os entorpecentes, mas que eram de seu total desconhecimento. Salientou até mesmo desconhecer o envolvimento de _____ no tráfico de drogas. Em sede judicial, os acusados mantiveram a mesma linha defensiva, mas trazendo novas nuances que não deixam qualquer dúvida a respeito do envolvimento dos dois na prática dos delitos em que foram denunciados. O acusado _____ asseverou que estava desempregado há quatro ou cinco meses, e que por similar período residia no imóvel junto de _____. Consignou que apenas ele se dedicava ao exercício do tráfico de drogas, por aproximadamente quatro meses, e que sempre vendia cocaína, cuja droga era por ele escondida no meio do mato. Com relação aos entorpecentes tratados neste feito, afirmou que os adquiriu na cidade de Ribeirão Preto, pagando a quantia de R\$ 10.000,00, e que conseguira tal montante para sua compra em razão dos serviços que prestava para seu primo _____, que nem mesmo restou arrolado pela defesa para ser ouvido na qualidade de testemunha. Indagado acerca do motivo de, naquele dia específico, ter modificado a sua estratégia, ou seja, de ter levado

os entorpecentes para o seu imóvel, o acusado justificou que fora até sua residência para buscar um dinheiro, para comprar um salgado para a companheira, tal como entre eles ajustado. No entanto, logo após ter ingressado na casa, percebeu a presença dos policiais, motivo pelo qual guardou os entorpecentes em uma gaveta do seu cômodo, bem como os pinos vazios e a balança em outra gaveta. Asseverou, ainda, que os potes de fermento estavam sobre a mesa da cozinha. Questionado acerca do teor da denúncia anônima, ____ justificou que sua companheira permanece muito tempo em casa, razão pela qual seu nome teria sido citado. Ocorre que ____, em sede de interrogatório, trouxe inúmeras contradições ao que foi afirmado pelo corréu. Em primeiro lugar, negou tenha ajustado de fazer qualquer coisa com o corréu naquele dia em que foram abordados pelos policiais civis em sua residência. Em segundo, sustentou que ____ chegou no imóvel junto com os policiais civis, negando estivesse ele na residência. Ora, fosse verdadeira a alegação de ____, é evidente que ele não ousaria ingressar no imóvel com uma sacola acondicionando quase dois quilos de cocaína, e ainda tivesse a tranquilidade de guarda-los. A acusada alegou total desconhecimento sobre a existência de drogas na casa, como também que o corréu se dedicasse ao exercício do tráfico, atividade por ele desempenhada há mais de quatro meses. Entretanto, como afirmado pelo próprio ____, a droga apreendida pelos policiais nem mesmo estava escondida, o que possibilitaria fácil visualização pela companheira. Ainda que tenha afirmado que levara a droga para a residência naquele mesmo dia, é certo que tal narrativa não se sustenta, como antes salientado. Não bastasse, e contrariando o que fora exposto pelo comparsa, ____ narrou que permanecia em casa, na casa de sua

mãe e fazendo outros bicos no período não coincidente com sua jornada de trabalho, enfatizando que _____ permanecia bastante tempo em casa. Indagada a respeito dos potes de fermento e pó que estariam sobre a mesa da cozinha, a saber, vinte e um potes, a acusada limitou-se a dizer que apenas visualizara um deles, contrariando a versão do corréu e dos policiais civis. A prova produzida nos autos, contudo, infirma a versão apresentada pelos acusados. Assim é que, corroborando as declarações prestadas em sede policial, a testemunha _____ salientou que denúncia anônima indicava que um casal, de nome _____ e outro indivíduo cujo nome não se recordou, reconhecendo, porém, tratar-se do acusado presente na audiência, estariam distribuindo entorpecentes em pontos conhecidos na cidade pela venda de drogas. Outrossim, que tais drogas seriam escondidas na casa situada na Rua _____. Diante do quanto noticiado, a citada testemunha afirmou que ela e o investigador _____ passaram a monitorar a referida residência, constatando-se, então, a presença de um casal no local, tal como indicado na denúncia anônima. Ato contínuo, em contato com a acusada _____, e uma vez cientificada a respeito do teor da denúncia, a mesma franqueou o ingresso deles no imóvel, oportunidade em que do interior da casa saiu o corréu. Não obstante tenha externado, a princípio, a inveracidade da denúncia, posteriormente o acusado já admitiu a existência de drogas no imóvel, inclusive apontando onde ela poderia ser encontrada. Assim sendo, no quarto do casal, dentro de uma cômoda, os policiais civis localizaram três sacos plásticos acondicionando cocaína. Ainda, localizaram e apreenderam diversos pinos plásticos vazios, do tipo eppendorf, uma balança de precisão, diversas embalagens plásticas vazias e diversos potes de

fermento em pó. Sobre a cômoda do quarto também apreenderam pequena quantia em dinheiro. Registre-se que a citada testemunha enfatizou que o referido cômodo era guarnecido de poucos móveis e que era flagrante o cheiro de droga quando aberta a gaveta. No mesmo sentido foram as declarações da testemunha _____, investigador de polícia. Ora, a alegação dos acusados no sentido de que _____ desconhecia totalmente a venda de drogas pelo acusado, ou mesmo a existência dos entorpecentes em sua residência, simplesmente não convence. Isso pelo singelo motivo de que as drogas foram apreendidas justamente no cômodo do quarto do casal, local de constante manuseio pelos seus moradores. Ademais, o considerável tamanho dos sacos plásticos que acondicionavam a droga, aliado ao próprio cheiro característico, afasta qualquer tentativa de dissuadir este Juízo a respeito deste evidente fato, qual seja, de que ambos não apenas tinham conhecimento dos entorpecentes ali guardados, como também que estavam associados à prática do tráfico de drogas. Ainda que _____ comprove o exercício de atividade laborativa, tal circunstância, por si, não impede que ela também se dedique à comercialização de entorpecentes com o seu companheiro, o corréu _____, sobretudo quando se nota o horário que ela desempenhava a atividade na lanchonete, no período noturno. Importante ressaltar que a denúncia anônima formulada via "Disque Denúncia", carreada à fl. 65 dos autos, indica textualmente o nome da acusada _____, ao lado de um outro indivíduo identificado por _____, e que ambos poderiam ser localizados na casa dos fundos da Rua _____. Frise-se que, nessa mesma denúncia, conta a informação, e não por coincidência, que os indivíduos estariam traficando há

aproximadamente três meses justamente o período em que os réus passaram a conviver no mesmo imóvel. Ademais, curial rememorar que, segundo afirmado por _____, ele estaria desempregado há cerca de quatro ou cinco meses, período coincidente com aquele declarado como sendo de união estável, e que, portanto, estariam residindo no mesmo imóvel. Outrossim, chama a atenção que o acusado, não obstante o seu estado de desemprego, por longos meses, pudesse adquirir tamanha quantidade de entorpecente na cidade de Ribeirão Preto pelo significativo montante de R\$ 40.000,00, conforme por ele dito na Delegacia, e que, segundo por ele declarado, tal pagamento já estava devidamente quitado. Por aí não restam dúvidas de que os acusados efetivamente se dedicam ao comércio ilícito de drogas. Não bastasse, os policiais civis também lograram encontrar balança de precisão, 59 pinos plásticos vazios, e nada menos que 21 potes de fermento em pó, o que, a toda evidência, despertaria, como mínimo, a curiosidade de qualquer mulher que residisse naquela residência. Resulta inquestionável, portanto, que os acusados estavam efetivamente associados à prática do crime de tráfico de drogas, de forma estável e duradoura, o que se denota não apenas da união estável entre eles formada, mas, sobretudo, em decorrência da significativa quantidade de entorpecentes aliada ao local de sua apreensão e ao teor da denúncia anônima acostada aos autos, noticiando que o tráfico era desempenhado pelo casal residente no imóvel indicado. Por tudo isso, a condenação dos réus é medida de rigor. (eDOC 21, p. 10 e eDOC22)

Em sede de apelação, registrou o TJSP, especificamente quanto ao crime do artigo 35 da Lei de Drogas:

“De outra parte, é evidente que _____ e _____ mantinham associação estável e permanente entre si, para traficar entorpecentes, como deixa claro a própria dinâmica dos acontecimentos narrados nos autos, não se podendo cogitar de absolvição”. (eDOC 34, p. 12)

Sobre o crime do art. 35 da Lei de Drogas, destaco trecho do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki, nos autos do HC 124.164:

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

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 0305-1996; 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 (...)’.

[...]

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” .

Na espécie, vê-se que o vínculo havido entre o paciente e a corré era meramente afetivo, de modo que a conclusão pela prática do crime de associação decorreu apenas do fato de que, na suposta denúncia anônima, teriam afirmado que, na residência do paciente, havia tráfico de drogas e lá morava um casal.

Conforme asseverou a Segunda Turma desta Corte, nos autos de reclamação de minha relatoria, “...*não pode ser tomada como suspeita uma mulher apenas por estar acompanhada de seu marido. O Direito, ainda, não impõe à mulher o dever de evitar a companhia de seu esposo, se, porventura, dedicado a atividades criminosas.*” (AgRg na Rcl 32.521, Segunda Turma, DJe 22.2.2019)

Penso que é perfeitamente possível a condenação da mulher por associação ao tráfico, ao se aliar com seu marido, para a prática do crime. Todavia, no caso dos autos, a condenação decorreu de mera presunção, inadmitida no atual estágio do Direito Penal.

Inclusive, em recente acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, publicado em 20.3.2020, negou-se provimento ao agravo regimental manejado pela PGR para manter a decisão monocrática de

minha lavra, por meio da qual determinei a absolvição do paciente daqueles autos, em relação ao crime de associação ao tráfico, *verbis*:

“Agravamento regimental no *habeas corpus*. 2. Associação para o tráfico e redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. 3. Desnecessidade de revolvimento de fatos e provas. 4. Agravamento a que se nega provimento”. (HC 168.442, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 20.3.2020)

Quanto ao redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tenho que não tem direito o paciente, porque ele próprio confessou que estava traficando drogas há mais de quatro meses, a evidenciar se dedicar a atividades criminosas, *verbis*:

“O acusado confessou com bastante tranquilidade a prática do crime de tráfico de drogas e a propriedade de toda a droga e demais petrechos apreendidos. Disse que estava desempregado há mais de quatro meses e que, desde, então estava traficando cocaína”. (eDOC 22, p. 5)

Como tenho dito, a previsão da redução de pena contida no § 4º do artigo 33 tem como fundamento distinguir o traficante contumaz e profissional daquele iniciante na vida criminosa, bem como do que se aventura na vida da traficância por motivos que, por vezes, confundem-se com a sua própria sobrevivência e/ou de sua família.

No caso, o paciente não era nenhum principiante, a evidenciar a propriedade do afastamento do redutor.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), nos termos da fundamentação, mantidos o afastamento do redutor e todas as demais valorações.

Estendo os efeitos desta decisão à então companheira do paciente, a corré _____.

Comunique-se. Publique-se.

Brasília, 22 de abril de 2020.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

Documento assinado digitalmente