

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.409.640 - RJ (2018/0322003-3)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**AGRAVANTE : WISNEITON DOS SANTOS CESARIO DE CASTRO (PRESO)**  
**AGRAVANTE : LUCAS DOS SANTOS FERREIRA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo em recurso especial interposto em face de decisão que inadmitiu recurso especial por incidência dos óbices das Súmulas 7 e 83/STJ.

Alega o agravante, em síntese, a inaplicabilidade das referidas súmulas ao caso concreto.

No especial, alega o recorrente violação do art. 35 da Lei 11.343/06 e ao art. 155 e ao art. 386, VII, do CPP.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do agravo (fls. 497/499).

É o relatório.

Decido.

O agravo é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito recursal.

Os agravantes foram condenados às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, e 866 dias-multa, no regime fechado, como incurso no crime de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, em razão da apreensão de 5,5g de maconha e 6,1g de cocaína.

Interposta apelação defensiva, foi dado parcial provimento ao recurso apenas alterar o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.

No especial, alegam os recorrentes violação ao art. 35 da Lei 11.343/06 e ao art. 155 e ao art. 386, VII, do CPP, por ausência de valoração adequada da prova que lastreou a condenação dos réus pelo crime de associação criminosa para o tráfico de drogas.

O Tribunal *a quo* assim se pronunciou no ponto:

Quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, o vínculo dos acusados com o tráfico instalado naquela comunidade extrai-se das circunstâncias da prisão que vieram robustamente comprovadas pelas peças informativas do Inquérito Policial pois judicializadas adquirem força probante, e corroboradas pela prova oral acusatória produzida em juízo, mediante o devido processo legal - contraditório e ampla defesa.

A complexidade que atingiu o tráfico de drogas nas comunidades carentes do nosso Estado, demonstra que o crime é cometido através de uma enorme rede de pessoas atuando em várias frentes, na mesma comunidade de, nem sempre com funções definidas. Muitos ostensivamente, com armas, outros nem tanto. Mas todos com o mesmo objetivo: manter o tráfico ilegal de drogas local.

No caso, além das drogas, prontas para venda com inscrição de identificação própria de facção criminosa, como "BENGALINHA"; "10"; "J.D.A." e "C.V.", foram encontrados também balança de precisão e radio-transmissor, o que reforça a existência de vínculo associativo dos acusados com o tráfico local.

**Ressalta-se que a conduta de associação para o tráfico de drogas<sup>1</sup> tipificada no artigo 35, da lei nº 11.343/06 não exige a estabilidade e permanência para que fique configurada, mas apenas a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33 e 34 da referida lei.**

Conclui-se, portanto, plenamente demonstradas a autoria, a culpabilidade e a materialidade quanto ao delito de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, pois os acusados, imputáveis, tinham plena consciência da ilicitude das condutas que praticavam.

Equivocada a aplicação do §4º, do artigo 33, da lei nº 11.343/06, ante a condenação pelo crime de associação para o tráfico. Todavia, não se insurgiu o Ministério Público, preclusa a questão, pois não pode o recurso da defesa prejudicar o acusado.

Merece prosperar a pretensão recursal.

Como se vê, em nenhum momento, ficou evidenciada a presença do dolo específico do delito de associação para o tráfico, limitando-se a Corte de origem, a aduzir que *além das drogas, prontas para venda com inscrição de identificação própria de facção criminosa, como "BENGALINHA"; "10"; "J.D.A." e "C.V.", foram encontrados também balança de precisão e radio-transmissor, o que reforça a existência de vínculo associativo dos acusados com o tráfico local*, sem, em nenhum momento, mencionar o vínculo de estabilidade e permanência.

Com efeito, firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça a orientação no sentido de que indispensável, para a configuração do crime de associação para o tráfico, a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DA

ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 3. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. 4. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. Para a incidência do tipo de penal previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 faz-se necessária a comprovação do vínculo associativo, de forma permanente e duradoura, e não apenas eventual, sendo fundamental que os agentes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. No caso, o Tribunal a quo ateu-se em justificar a prescindibilidade do vínculo de permanência e estabilidade, consignando apenas que os réus estavam juntos na mesma empreitada criminosa em associação eventual, enquanto que o Magistrado sentenciante absolveu o réu em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização.

[...]

6. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente (HC 261.468/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 09/04/2013).

Ressalte-se que não se trata de revolvimento do conjunto probatório dos autos, mas de mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos, amplamente debatidos pelas instâncias ordinárias.

Assim, impõe-se a absolvição dos recorrentes do delito de associação para o tráfico, mantendo-se somente a condenação pelo tráfico de entorpecentes, para a qual o Tribunal de origem impôs a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Nota-se que nenhuma motivação pelo crime concretizado foi aduzida no acórdão condenatório para fixar o regime mais severo aos réus primário e de bons antecedentes, cujas penas-base foram estabelecidas no mínimo legal, fazendo jus os agravantes ao regime aberto.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial para absolver os recorrentes do delito de associação para o tráfico, fixando, em consequência, o regime aberto ao crime remanescente de tráfico de entorpecentes.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

**MINISTRO NEFI CORDEIRO**

Relator

