

HABEAS CORPUS Nº 548.661 - RJ (2019/0357121-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LAURA JULIA ANDRADE FONTENELLE - RJ078959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : THIAGO VINICIUS CAVALCANTE DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de THIAGO VINICIUS CAVALCANTE DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0012933-65.2017.8.19.0014.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, além de 5 (cinco) meses de prestação de serviços em estabelecimento penal, como incurso nos artigos 28 e 35, ambos da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para reduzir a reprimenda cominada ao réu pelo crime de associação para o tráfico para 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, bem como para determinar a prestação de serviços à comunidade referente ao porte de drogas para uso próprio pelo prazo de 3 (três) meses.

Sustenta a impetrante que não estariam presentes os requisitos da estabilidade e permanência necessários à configuração do delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas.

Aduz que seria possível a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Alega que o regime fechado teria sido fixado com base na gravidade abstrata do crime, em violação ao disposto no verbete 440 da Súmula deste Sodalício.

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, ou a fixação do regime aberto para o seu cumprimento, e, no mérito, pugna pela concessão da ordem para que o paciente seja absolvido do delito de associação para o tráfico, ou, subsidiariamente, para que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritivas de direitos, abrandando-se o modo de execução da sanção reclusiva.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Superado esse óbice, é cediço que, ao interpretar o tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006, doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento de que, para a sua caracterização, é indispensável a prova da estabilidade e permanência do vínculo entre os

acusados.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci, que, ao tratar do delito em questão, aduz que, para a sua configuração, se exige o "*elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum*" (Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 366).

Na espécie, ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado singular consignou que "*o réu inegavelmente diante do contexto probatório estava associado com a organização criminosa TCP cumprindo a função de olheiro ou segurança do tráfico, função esta que ganha contornos de importância dentro do quadro de divisão de tarefas da narcotraficância, dando cobertura e maior segurança para os demais integrantes do tráfico*" (e-STJ fl. 49).

Afirmou que " *muito embora para configuração do crime de associação alguns julgadores e parte da doutrina exija a prova da estabilidade e permanência para configurar o tipo, atualmente entendo que o referido tipo penal não exige tais elementos, até porque no corpo da descrição típica consta a expressão 'reiteradamente ou não', o que demonstra não haver necessidade de que duas ou mais pessoas pratiquem tal crime de forma reiterada, o que induziria a estabilidade da associação*" (e-STJ fl. 49).

Concluiu que "*o tipo previsto no artigo 35., da Lei n° 11343/06, não exige habitualidade no cometimento do crime do artigo 33, do mesmo diploma legal, bastando que se configure em uma única oportunidade, a união, para Que se tenha a infração penal em foco, tendo o legislador se utilizado da expressão 'reiteradamente ou não'*" (e-STJ fl. 49).

Por sua vez, a autoridade impetrada ressaltou que "*a prova da associação entre traficantes não se faz com a exibição de contratos, estatutos, normas, regulamentos etc., como acontece com as associações lícitas. Para o reconhecimento da associação entre criminosos basta que fique comprovada a existência de um elo ligando um criminoso ao outro*" (e-STJ fl. 26).

Concluiu que "*no caso dos presentes autos, tal elo é perfeitamente visível, levando-se em conta as circunstâncias em que foi detido o recorrente. O local da prisão é conhecido ponto de venda de drogas sob domínio da facção criminosa TCP e o recorrente foi visto alertando os demais indivíduos que estavam no local sobre a chegada da polícia*" (e-STJ fl. 27).

Verifica-se, assim, que a instância de origem não apontou quaisquer elementos que convicção que demonstrem que entre o paciente e outros indivíduos integrantes da facção criminosa conhecida como TCP havia um vínculo estável e permanente para o narcotráfico, presumindo que integraria a referida associação pelo só fato de que foi detido alertando-os da chegada da polícia, o que, como visto, é insuficiente para a configuração do tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

Portanto, inexistindo a comprovação de que a paciente teve o dolo de se associar com estabilidade ou permanência, impossível a manutenção do édito repressivo quanto ao delito em exame.

A propósito:

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. (...) 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 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.

(...)

(HC 516.811/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019)

No mesmo norte:

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO. LOCALIDADE DOMINADA POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRESUNÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DO VÍNCULO E ESTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

AGRAVO IMPROVIDO.

1. Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento 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.

2. Ainda que seja de conhecimento o domínio da localidade por facção criminosa e a quantidade de drogas denotem envolvimento com atividades criminosas, não há na sentença ou no acórdão qualquer apontamento de fato concreto a caracterizar, de forma efetiva, o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente e a organização criminosa, requisito necessário para a configuração do delito de associação para o tráfico, imperiosa é a absolvição.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 471.155/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019)

Com igual orientação:

RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas.

2. A Corte estadual, ao concluir pela condenação do recorrente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em nenhum momento fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre ele e o corréu; proclamou a condenação com base em meras conjecturas acerca de uma societas sceleris, de maneira que se mostra inviável a manutenção da condenação pelo tipo penal descrito no art. 35 da Lei n.

11.343/2006.

3. Afastado o vínculo associativo entre os acusados, deve - como consectário da absolvição em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) - ser reconhecida a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, notadamente porque é possível verificar pelos autos, de maneira inequívoca, a primariedade do acusado ao tempo do delito e a existência de bons antecedentes.

4. Recurso especial provido, para absolver o recorrente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, restabelecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e

Superior Tribunal de Justiça

pagamento de 291 dias-multa.

(REsp 1652115/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019)

Finalmente, com a absolvição do réu pelo crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, estão prejudicados os pleitos de abrandamento do regime de cumprimento da pena reclusiva, e de sua substituição por sanções restritivas de direitos.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente *habeas corpus*, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para absolver o paciente do delito de associação para o tráfico.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator