

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

**APELAÇÃO CRIMINAL n. 0388657-46.2014.8.19.0001**

**APELANTE: GLEYSON NUNES VIEIRA**

**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO**

**JUÍZO DE DIREITO DA 39ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL**

**RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO**

**PRESIDENTE: DESEMBARGADOR ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO**

**EMENTA**

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA E CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11343/2006). RECURSO DEFENSIVO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO, COM ÂNIMO PERMANENTE, DURADOURO E ESTÁVEL. DECLARAÇÃO DA TESTEMUNHA RESPONSÁVEL PELA REVISTA PESSOAL NO SENTIDO DE NÃO HAVER SIDO APREENDIDO RÁDIO

TRANSMISSOR EM PODER DO APELANTE. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO, NA DENÚNCIA, DA PRESENÇA DE PELO MENOS MAIS UM ELEMENTO. PLEITO ALTERNATIVO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11343/2006 DIANTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA PARA ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREQUESTIONAMENTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO QUE SE IMPÕE. DELITO PLURISSUBJETIVO. INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA EM RELAÇÃO AOS SUPOSTOS ELEMENTOS A QUEM ESTARIA ASSOCIADO O APELANTE. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO NÃO COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO ALTERNATIVO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS QUE NÃO SE

COMPATIBILIZAM COM A BENESSE PRETENDIDA. INDÍCIOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. APELANTE JÁ BENEFICIADO COM A FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS PREJUDICADOS PELA MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* DE PENA EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. A materialidade delitiva do crime de tráfico apresenta-se incontroversa, diante do auto de apreensão e dos laudos de exame em substância entorpecente.
2. A autoria, por igual, encontra-se comprovada pela prova oral colhida, que restou corroborada pela confissão do apelante, no sentido de que estava, de fato, em poder da droga e do dinheiro e que, naquele local, praticava o comércio ilícito de entorpecentes.

3. No que tange ao crime de associação para o tráfico, todavia, não se colhem os mesmos elementos de certeza para dar suporte ao decreto condenatório.
4. A sentença condenatória atacada faz expressa menção à efetiva caracterização do delito de associação e enfrentou a questão nos seguintes termos (*omissis*).
5. Com efeito, não obstante o brilho da motivação apresentada pelo douto Magistrado sentenciante, compreendo que, para a caracterização do delito de associação para o tráfico, mister se faça prova de que existe o vínculo associativo para a prática da mercancia, sob pena de se incorrer numa condenação quase que automática no delito do artigo 35 da Lei de Drogas.
6. A se confirmar a fundamentação da sentença, estar-se-á admitindo uma condenação sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do

ônus da prova, pois assim, caberia ao réu provar que não estava associado.

7.

8. Como venho **reiteradamente** decidindo, a prisão em flagrante de pessoa em comunidade dominada por facção criminosa, não induz, por si só, à conclusão de que estivesse associada para o tráfico de entorpecentes com a referida facção criminosa.

9. Isso porque compreendo que o delito de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) caracteriza-se como delito permanente, de perigo abstrato, exibindo natureza plurissubjetiva, de condutas paralelas, cujo tipo incriminador se posta a exigir a multiplicidade de, no mínimo, dois concorrentes, imunes ou não ao juízo de censura inerente à culpabilidade de algum deles, mas todos reunidos em *societas delinquentium*, ainda que rudimentar, rigorosamente identificada pelos atributos marcantes da estabilidade e da permanência. Em outras palavras, significa que sua tipicidade somente se evidencia

através da comprovação do vínculo estável entre ao menos dois dos agentes, com vistas à prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34, da Lei Antidroga, mas que, *data máxima venia*, não se verificou nos autos.

10. Destaque-se que a denúncia sequer identifica quaisquer dos elementos que estariam pretensamente associados ao apelante e tampouco nomeia a facção criminosa dominante no local.
11. De fato, a manutenção da expressão “*reiteradamente ou não*”, já inserida no revogado art. 14 da Lei nº 6.368/76, no atual tipo penal descrito no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, induz à equivocada compreensão de que uma ocasional reunião de dois ou mais indivíduos decididos à prática do crime de tráfico, seria suficiente para a caracterização do referido delito.
12. Todavia, a doutrina e a jurisprudência pátrias, em sua maioria, sustentam que, além do liame subjetivo entre os agentes, dirigido à prática das condutas descritas

nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei Antidrogas, a configuração do delito associativo reclama a presença dos elementos normativos da estabilidade e da permanência.

13. A propósito do elemento subjetivo do delito previsto no art. 35 da Lei Antidrogas, Guilherme Nucci aduz consistir no *“ânimo de associação, de caráter duradouro e estável”*, caso contrário, *“seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico”*. Quanto à forma de execução, assevera que a advertência constante do tipo penal - reiteradamente ou não - quer apenas significar que não há necessidade de haver habitualidade, ou seja, não se demanda o cometimento reiterado dos delitos previstos nos arts. 33 e 34, do mesmo Diploma Legal, bastando à associação com o fim de cometê-los, razão pela qual o insigne autor sustenta a desnecessidade da inserção dos termos *“reiteradamente ou não”* no dispositivo legal.

14. Aliás, assim como entende – equivocadamente – o nobre Magistrado sentenciante, por igual boa parte da Magistratura nacional confunde a expressão adverbial “reiteradamente ou não”, elementar do tipo penal em análise com a desnecessidade de estabilidade ou permanência, com todas vênias, é manifesto o equívoco. O legislador ao utilizar a expressão “reiteradamente ou não” quis acentuar que a associação se faz típica ainda que seus membros se associem para uma única prática delitiva, qual seja, um dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei nº 11.343/2006, diversamente do que ocorre, por exemplo, na associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal, na qual a tipicidade somente estará configurada na hipótese da associação visar o cometimento de **CRIMES**. Em outras palavras, não haverá o crime do art. 288 do Código Penal se a associação existir para o cometimento de um único crime.

15. Ao contrário, o legislador extravagante, em matéria de drogas entorpecentes ilegais, pune a associação ainda que esta vise o cometimento de um único crime.
16. Nesse sentido, claro está que no caso do financiamento criminoso previsto no parágrafo único do art. 35 da Lei Antidrogas, somente haverá crime se a associação visar ao cometimento de **CRIMES** (reiteradamente) - como ocorre com a associação criminosa do art. 288 do Código Penal – porquanto se a associação tiver como escopo um único financiamento criminoso, não haverá a adequação típica do previsto no parágrafo único do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, respondendo os integrantes da “suposta” associação pelo crime do art. 36 da referida Lei.
17. Nesse contexto, sobre o tema, convém trazer à colação os elucidativos argumentos de João José Leal e Rodrigo José Leal (*omissis*).
18. Destaque-se, ainda, a clássica lição de Vicente Greco Filho, no sentido de que, nem sempre, o concurso de agentes para a

prática do crime de tráfico de drogas configurará o delito associativo (*omissis*).

19. Outrossim, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da imprescindibilidade do dolo de se associar “com estabilidade e permanência” para a caracterização do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, confira-se: HC 270.837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015; AgRg no AREsp 507.278/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014.

20. A Suprema Corte também já se manifestou no sentido de que a diferença entre o delito associativo e o concurso eventual de agentes reside na estabilidade do vínculo subjetivo, *verbis*: HC 109708, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015; HC 121188, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014.

21. Assim, se o apelante foi preso quando, sozinho, estava em pé, contando dinheiro, num beco, não havendo identificação na denúncia sobre os elementos a quem estaria associado, não se podem criar ilações acerca de estabilidade e permanência de um vínculo associativo existente com alguém que sequer foi identificado.
22. Muito embora a quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas revelem a nítida finalidade de mercancia da droga apreendida, não se pode afirmar, com a mesma certeza, que o apelante estivesse associado à facção dominante no local para a prática do delito.
23. Ao revés do que compreendeu o culto magistrado sentenciante, não houve confissão irrestrita da prática delitiva. O apelante admitiu, sim, que estava em poder da droga e do dinheiro com ele apreendidos, mas negou a posse do rádio comunicador. Deveras, a própria policial militar Tatiana, que procedeu à busca

pessoal do apelante negou tivesse encontrado o rádio comunicador em seu poder.

24. Demais disso, o apelante não demonstrou ter conhecimento da organização criminosa, não declinou o nome de nenhuma das pessoas com quem tratava e acertava contas, afirmando que recebia, por dia, R\$ 50,00 pela venda da carga de drogas, mencionado que trabalhava vendendo drogas havia 15 dias. De tais declarações infere-se que o apelante era mero empregado e não tinha qualquer ingerência nas decisões daqueles que dominavam o tráfico de entorpecentes no local.

25. Destarte, a tese defensiva absolutória merece acolhimento, mantendo-se apenas o juízo de reprovação em relação ao crime de tráfico de entorpecentes.

26. Melhor sorte não assiste, todavia, à tese alternativa, que pretende seja aplicado o redutor de pena do artigo 33, §4º da Lei 11343/2006.

27. Deveras, considerando-se a quantidade de droga e variedade das drogas apreendidas, a fixação das penas no mínimo legal foram realizadas com benevolência pelo juízo *a quo*, uma vez que o artigo 42 da Lei 11343/2006 estaria a autorizar o seu incremento na primeira fase da dosimetria.
28. A atenuante da confissão foi reconhecida, de forma correta, contudo sem reflexo na pena, uma vez que já fixada ano mínimo legal.
29. O apelante confessou que já estava vendendo drogas havia 15 dias. A quantidade de drogas apreendidas em seu poder demonstra que já estava, de fato, iniciado na atividade criminosa, não sendo cabível a aplicação do redutor de pena do artigo 33, §4º da Lei 11343/2006, sendo certo que tal benefício destina-se a traficantes ocasionais.
30. Diante da manutenção do *quantum* de pena aplicado pelo crime de tráfico de entorpecentes, prejudicados os pedidos de abrandamento do regime prisional e de

substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

31. Ademais, a quantidade de droga que estaria a autorizar o incremento da pena-base, na forma do artigo 42 da Lei 11343/2006 prestam-se a fundamentar a imposição do regime inicial mais rigoroso.
- PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0388657-46.2014.8.19.0001, em que figuram como Apelante GLEYSON NUNES CORDEIRO e apelado O MINISTÉRIO PÚBLICO, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para absolver o apelante da imputação do artigo 35 da Lei 11343/2006, aquietando-se a pena final em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, quanto ao delito de tráfico, nos termos do voto do Desembargador Relator.

## VOTO

O feito encontra-se relatado, como segue:

O Ministério Público ofereceu denúncia, perante o juízo da 39ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em face de GLEYSON NUNES VIEIRA imputando-lhe a prática dos injustos penais previstos nos artigos 33, *caput* e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006), em razão dos fatos assim descritos:

*“No dia 22 de outubro de 2014, por volta da 10 horas e 30 minutos, no interior da Comunidade do Salgueiro, próximo ao Bar do Cacique, bairro Tijuca, nesta cidade, o denunciado, com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 140g da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em 86 "sacolés", bem como 84g de Cocaína (pó), distribuídos em 242 "papelotes", sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Nas mesmas condições de tempo e lugar acima descritas, o denunciado, com consciência e vontade, estava associado com outras pessoas ainda não identificadas, todas subordinadas à facção criminosa dominante no local, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06.*

*Policiais militares lotados na UPP Salgueiro estavam em patrulhamento quando ouviram disparos de arma de fogo na comunidade, motivo pelo qual foram até o alto do morro a fim de verificar o fato.*

*Destarte, ao chegarem à localidade próxima ao Cacique, os agentes observaram um homem, ora denunciado, em atitude suspeita, motivo pelo qual o abordaram. Em revista pessoal os policiais lograram arrecadar em poder do mesmo um rádio transmissor, R\$ 408,00 em espécie, além do material entorpecente supramencionado.*

*Dada a quantidade e variedade de entorpecente apreendido, bem como pelas circunstâncias da prisão e apreensão de dinheiro e rádio transmissor, os indícios são de que a finalidade das drogas era o comércio clandestino realizado pela associação criminosa.*

*Assim agindo, o denunciado praticou conduta que, em tese, é objetiva e subjetivamente típica, antijurídica e reprovável, razão pela qual está incurso na sanção penal do **artigo 33 e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06**”.*

O douto juiz de direito Ricardo Coronha Pinheiro julgou PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, condenando o réu GLEYSON NUNES VIEIRA nas penas dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11343/06.

#### **Dosimetria:**

#### **Delito previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.**

1ª Fase: a pena base restou fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, face a ausência de circunstâncias que justifiquem sua majoração.

2ª Fase: reconhecida a atenuante da confissão, porém sem reflexo na pena, em razão do que dispõe a Súmula nº 231, do STJ.

3ª Fase: ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, vez que descabe a aplicação do redutor inserto no artigo 33, §4º da Lei de

Drogas, pois as circunstancias da prisão indicam que o réu se dedicava ao tráfico de drogas, tornou definitiva a pena alcançada na fase anterior, qual seja, **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

**Delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/2006.**

1ª Fase: fixou a pena base em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

2ª Fase: reconhecida a atenuante da confissão, porém sem reflexo na pena, em razão do que dispõe a Súmula nº 231, do STJ.

3ª Fase: ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena tornou definitiva a pena alcançada na fase anterior, qual seja, **03 anos de reclusão e 700 dias-multa.**

Diante do concurso material, fixou a pena final em **08 (oito) anos de reclusão e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa** à razão unitária mínima.

Fixou o regime prisional fechado, por fim, asseverou não ser cabível o reconhecimento do tráfico privilegiado e negou-lhe o direito de apelar em liberdade.

A Defesa Técnica do acusado apresentou suas razões às fls. 92/104 objetivando a absolvição pelo delito de associação aduzindo que esta não restou configurada nos autos, vez que não comprovado vínculo associativo com ânimo permanente, duradouro e estável. Tanto que, embora o local dos fatos seja conhecidamente, ponto de venda de drogas, os policiais ativos no flagrante afirmaram não conhecer o apelante e sequer tinham ouvido falar algo a seu respeito. Alega

ainda, que a policial feminina Tatiana em depoimento em juízo, foi categórica ao declarar que nenhum rádio transmissor foi encontrado em poder do ora apelante. Assevera que, para a configuração do delito de associação para o tráfico, a denúncia deve descrever, pelo menos, a presença de mais um indivíduo, vez que não existe associação constituída por uma única pessoa, como na hipótese dos autos. Subsidiariamente, requer o reconhecimento do tráfico privilegiado, por considerar que não restou configurada a associação, bem como que o recorrente atende a todos os requisitos legais necessários para a concessão da benesse. Em consequência, busca a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de regime prisional mais brando. Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões (fls. 108/116), o Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso defensivo, pugnando pela manutenção da sentença.

O *parquet* em atuação na Corte, em parecer da lavra do eminente procurador de justiça José Augusto Guimarães (fls. 145/147) opinou pelo desprovimento do recurso defensivo. Sustenta que a prova oral colacionada aos autos mostra-se coerente e harmônica, afigurando-se plenamente hábil a embasar o decreto condenatório. Assim, invoca a incidência da Súmula nº 70, deste Eg. TJERJ, ressaltando o valor probatório dos depoimentos prestados pelos policiais ativos no flagrante. Afirma ainda, que restou comprovada a associação do apelante, de forma permanente e estável a terceiros para a prática do tráfico ilícito de drogas pelo *“local da prisão e variedade das substâncias apreendidas, bem como a confissão do próprio acusado de que trabalhava para o Comando Vermelho e que recebia as drogas de um homem, mas não soube dizer quem é, também prestava contas a pessoas diferentes e desconhecidas”*. Desse modo, assevera que a configuração da associação para o tráfico afasta a incidência do tráfico privilegiado. Todavia, caso o acusado seja beneficiado com a mencionada minorante, entende ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a

considerável quantidade de droga apreendida com o apelante, bem como pelo seu declarado envolvimento com a facção criminosa autodenominada Comando Vermelho. Por tais, assevera estar correto e adequado o regime prisional imposto, pelo que deve ser mantido. Assim, opina pelo desprovimento do recurso defensivo.

Dou parcial provimento ao recurso defensivo, divergindo, com todas as vênias, da orientação do parecer ministerial.

A materialidade delitiva do crime de tráfico apresenta-se incontroversa, diante do auto de apreensão e dos laudos de exame em substância entorpecente.

A autoria, por igual, encontra-se comprovada pela prova oral colhida, que restou corroborada pela confissão do apelante, no sentido de que estava, de fato, em poder da droga e do dinheiro e que, naquele local, praticava o comércio ilícito de entorpecentes.

No que tange ao crime de associação para o tráfico, todavia, não se colhem os mesmos elementos de certeza para dar suporte ao decreto condenatório.

A sentença condenatória atacada faz expressa menção à efetiva caracterização do delito de associação e enfrentou a questão nos seguintes termos:

*“(...) Não foi pouca a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder do réu, mais precisamente 140g de maconha, distribuídas em 86 pequenas embalagens plásticas e 84g de cocaína, distribuídos em 242 pequenos sacos de plástico incolor, tudo como atesta o laudo de Exame de Material Entorpecente de fls. 58/59. A droga já se encontrava fracionada e pronta para a mercancia. Some-se a isso que o réu foi detido em comunidade onde segundo a prova oral produzida nesta audiência atua conhecida facção criminosa voltada para a prática de tráfico de entorpecente, que se autodenomina Comando Vermelho. Trata-se de verdadeira organização criminosa para a prática de delitos dessa natureza. A prova testemunhal hoje colhida, mais precisamente os policiais militares que efetuaram a prisão do réu e a apreensão de material incluindo aí as drogas, não deixam dúvidas que estavam em poder do acusado, numa sacola, o qual teria sido surpreendido no momento em que contava dinheiro que estava consigo, também objeto de apreensão. No interrogatório do réu, o mesmo também confessa integralmente os crimes que lhe são imputados. Tem conhecimento da organização*

*criminosa que estava trabalhando, qual seja, o mencionado comando vermelho. Disse que estava trabalhando para o tráfico de drogas em período de cerca de 15 (quinze) dias, recebendo R\$ 50,00 por dia de trabalho. Em que pese o entendimento da douta Defesa, entendo que esses elementos somados, afastam qualquer dúvida que o acusado traficava entorpecente e passou a integrar organização criminosa, voltada a prática de tráfico de drogas, associando-se aos seus integrantes. Mesmo que o acusado não saiba o nome desses integrantes, evidentemente que tinha plena convicção que trabalhava para o tráfico de drogas na comunidade onde foi preso, até porque, como é sabido, existe verdadeira hierarquia e divisão de tarefas em organizações dessa natureza, as quais mesmo diante da presença de UPP's, ainda assim continuam a atuar. Diante disso, não é possível acolher o douto entendimento da Defesa. Se o réu tinha consigo rádio comunicador ou não, até porque realmente houve divergência de depoimentos a esse respeito, notadamente da policial Tatiana em relação às demais testemunhas, tenho que tal circunstância não altera a configuração delitiva, ante as razões acima exposta. (...)”*

Com efeito, não obstante o brilho da motivação apresentada pelo douto Magistrado sentenciante, compreendo que,

para a caracterização do delito de associação para o tráfico, mister se faça prova de que existe o vínculo associativo para a prática da mercancia, sob pena de se incorrer numa condenação quase que automática no delito do artigo 35 da Lei de Drogas.

A se confirmar a fundamentação da sentença, estar-se-á admitindo uma condenação sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, pois assim, caberia ao réu provar que não estava associado.

Como venho **reiteradamente** decidindo, a prisão em flagrante de pessoa em comunidade dominada por facção criminosa, não induz, por si só, à conclusão de que estivesse associada para o tráfico de entorpecentes com a referida facção criminosa.

Isso porque compreendo que o delito de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) caracteriza-se como delito permanente, de perigo abstrato, exibindo natureza plurissubjetiva, de condutas paralelas, cujo tipo incriminador se posta a exigir a multiplicidade de, no mínimo, dois concorrentes, imunes ou não ao juízo de censura inerente à culpabilidade de algum deles, mas todos reunidos em *societas delinquentium*, ainda que rudimentar, **rigorosamente identificada**

pelos atributos marcantes da estabilidade e da permanência. Em outras palavras, significa que sua tipicidade somente se evidencia através da comprovação do vínculo estável entre ao menos dois dos agentes, com vistas à prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34, da Lei Antidroga, mas que, *data máxima venia*, não se verificou nos autos.

Destaque-se que a denúncia sequer identifica quaisquer dos elementos que estariam pretensamente associados ao apelante e tampouco nomeia a facção criminosa dominante no local.

De fato, a manutenção da expressão “*reiteradamente ou não*”, já inserida no revogado art. 14 da Lei nº 6.368/76, no atual tipo penal descrito no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, induz à equivocada compreensão de que uma ocasional reunião de dois ou mais indivíduos decididos à prática do crime de tráfico, seria suficiente para a caracterização do referido delito.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência pátrias, em sua maioria, sustentam que, além do liame subjetivo entre os agentes, dirigido à prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei Antidrogas, a configuração do

delito associativo reclama a presença dos elementos normativos da estabilidade e da permanência.

A propósito do elemento subjetivo do delito previsto no art. 35 da Lei Antidrogas, Guilherme Nucci<sup>1</sup> aduz consistir no *“ânimo de associação, de caráter duradouro e estável”*, caso contrário, *“seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico”*. Quanto à forma de execução, assevera que a advertência constante do tipo penal - reiteradamente ou não - quer apenas significar que não há necessidade de haver habitualidade, ou seja, não se demanda o cometimento reiterado dos delitos previstos nos arts. 33 e 34, do mesmo Diploma Legal, bastando à associação com o fim de cometê-los, razão pela qual o insigne autor sustenta a desnecessidade da inserção dos termos *“reiteradamente ou não”* no dispositivo legal.

Aliás, assim como entende – equivocadamente – o nobre Magistrado sentenciante, por igual boa parte da Magistratura nacional confunde a expressão adverbial *“reiteradamente ou não”*, elementar do tipo penal em análise com a desnecessidade de estabilidade ou permanência, com todas vênias, é manifesto o equívoco. O legislador ao utilizar a expressão *“reiteradamente ou não”* quis acentuar que a associação se faz

---

<sup>1</sup> In Leis penais e processuais penais comentadas. 6 ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 1

típica ainda que seus membros se associem para uma única prática delitiva, qual seja, um dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da Lei nº 11.343/2006, diversamente do que ocorre, por exemplo, na associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal, na qual a tipicidade somente estará configurada na hipótese da associação visar o cometimento de **CRIMES**. Em outras palavras, não haverá o crime do art. 288 do Código Penal<sup>2</sup> se a associação existir para o cometimento de um único crime.

Ao contrário, o legislador extravagante, em matéria de drogas entorpecentes ilegais, pune a associação ainda que esta vise o cometimento de um único crime.

Nesse sentido, claro está que no caso do financiamento criminoso previsto no parágrafo único do art. 35 da Lei Antidrogas, somente haverá crime se a associação visar ao cometimento de **CRIMES** (reiteradamente) - como ocorre com a associação criminosa do art. 288 do Código Penal – porquanto se a associação tiver como escopo um único financiamento criminoso, não haverá a adequação típica do previsto no parágrafo único do

---

<sup>2</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

art. 35 da Lei nº 11.343/2006<sup>3</sup>, respondendo os integrantes da “suposta” associação pelo crime do art. 36 da referida Lei<sup>4</sup>.

Nesse contexto, sobre o tema, convém trazer à colação os elucidativos argumentos de João José Leal e Rodrigo José Leal<sup>5</sup>, *in verbis*:

*“Para a sua configuração, o tipo penal exige estabilidade (certo nível de organização) e permanência temporal da associação. Uma simples reunião de duas ou mais pessoas, que, de maneira eventual, resolvem praticar o crime de tráfico, não configura o delito de associação criminosa em exame. É preciso que o acordo de vontades estabeleça um vínculo entre os participantes e seja capaz de criar uma entidade criminosa que se projete no tempo e que demonstre certa estabilidade em termos de organização. (...), é preciso que esta vontade delitiva seja manifestada no contexto de uma associação estável, ou seja, dotada de certa permanência temporal. Não há necessidade de um acordo formal sobre o plano delitivo,*

<sup>3</sup> **Art. 35.** 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:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

**Parágrafo único.** Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

<sup>4</sup> **Art. 36.** Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

<sup>5</sup> Na obra Doutrinas essenciais – Direito Penal, v. 7 / Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. “Edições especiais Revista dos Tribunais”.

*mas é preciso que os participantes tenham consciência dos seus termos e manifestem objetivamente sua adesão ao propósito coletivo de delinquir em conjunto e por um certo espaço de tempo.”*

Destaque-se, ainda, a clássica lição de Vicente Greco Filho<sup>6</sup>, no sentido de que, nem sempre, o concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas configurará o delito associativo, *litteris*:

*“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”.*

Outrossim, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da imprescindibilidade do dolo de se associar “com estabilidade e permanência” para a caracterização do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, confira-se:

---

<sup>6</sup> Tóxicos: prevenção-repressão. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

HABEAS CORPUS. ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

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 imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

2. O acórdão impugnado, ao concluir pela condenação do paciente e do corréu pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas - sem necessidade de reavaliação probatória ou exame de fatos -, devem ser absolvidos do delito em questão.

3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, com extensão dos efeitos desse decisum para o corréu, a teor do art. 580 do CPP.

(HC 270.837/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PARA A COMPROVAÇÃO DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI ANTIDROGAS. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que não só há necessidade da comprovação da estabilidade, mas também, da permanência na reunião dos sujeitos do delito, não podendo a simples associação eventual ser considerada para fins de configuração do crime descrito no art. 35 da Lei n.º 11.343/76. Absolvição que não demandou o reexame de provas, mas apenas sua reavaliação.

2. Sendo o Acusado reincidente - o que afasta o requisito da primariedade -, mostra-se incabível a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.

3. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 507.278/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/08/2014)

A Suprema Corte também já se manifestou no sentido de que a diferença entre o delito associativo e o concurso eventual de agentes reside na estabilidade do vínculo subjetivo, *verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35 DA LEI 11.343/2006. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O verbo núcleo do tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 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. Doutrina e jurisprudência. 2. No particular, concluiu-se pela condenação tão somente em razão da convergência ocasional de vontades para a prática do crime de tráfico. Noutras palavras, não se separou a vontade de se associar da vontade necessária para a prática do crime pretendido. 3. *“Não é questão de prova saber-se da tipicidade de determinado fato, cuja veracidade não se discute, mas se admite como afirmado na sentença: cuida-se de simples qualificação jurídica de fato, operação à qual sempre se prestou o habeas corpus”*

(RHC 75236; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Segunda Turma, DJ 1º/8/1997). 4. Habeas corpus concedido para absolver a paciente do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), com extensão da ordem à corré.

(HC 124164, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADES DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CARACTERIZADOS OS ELEMENTOS TIIFICANTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS). INVIABILIDADE. (...). 5. **Encontra-se suficientemente demonstrada nos autos a prévia combinação de vontades entre, pelo menos, o paciente e uma corré, de caráter duradouro e estável, necessária e suficiente para configuração do crime de associação para o tráfico descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006.** Precedentes. (...).

(HC 109708, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015) (sem grifo no original)

EMENTA 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, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014)

Assim, se o apelante foi preso quando, sozinho, estava em pé, contando dinheiro, num beco, não havendo identificação na denúncia sobre os elementos a quem estaria associado, não se podem criar ilações acerca de estabilidade e permanência de um vínculo associativo existente com alguém que sequer foi identificado.

Muito embora a quantidade, a variedade e a forma de acondicionamento das drogas apreendidas revelem a nítida finalidade de mercancia da droga apreendida, não se pode afirmar, com a mesma certeza, que o apelante estivesse associado à facção dominante no local para a prática do delito.

Ao revés do que compreendeu o culto magistrado sentenciante, não houve confissão irrestrita da prática delitiva. O apelante admitiu, sim, que estava em poder da droga e do dinheiro com ele apreendidos, mas negou a posse do rádio comunicador. Deveras, a própria policial militar Tatiana, que procedeu à busca pessoal do apelante negou tivesse encontrado o rádio comunicador em seu poder.

Demais disso, o apelante não demonstrou ter conhecimento da organização criminosa, não declinou o nome de nenhuma das pessoas com quem tratava e acertava contas, afirmando que recebia, por dia, R\$ 50,00 pela venda da carga de drogas, mencionado que trabalhava vendendo drogas havia 15 dias. De tais declarações infere-se que o apelante era mero empregado e não tinha qualquer ingerência nas decisões daqueles que dominavam o tráfico de entorpecentes no local.

Destarte, a tese defensiva absolutória merece acolhimento, mantendo-se apenas o juízo de reprovação em relação ao crime de tráfico de entorpecentes.

Melhor sorte não assiste, todavia, à tese alternativa, que pretende seja aplicado o redutor de pena do artigo 33, §4º da Lei 11343/2006.

Deveras, considerando-se a quantidade de droga e variedade das drogas apreendidas, a fixação das penas no mínimo legal foram realizadas com benevolência pelo juízo *a quo*, uma vez que o artigo 42 da Lei 11343/2006 estaria a autorizar o seu incremento na primeira fase da dosimetria.

A atenuante da confissão foi reconhecida, de forma correta, contudo sem reflexo na pena, uma vez que já fixada ano mínimo legal.

O apelante confessou que já estava vendendo drogas havia 15 dias. A quantidade de drogas apreendidas em seu poder demonstra que já estava, de fato, iniciado na atividade criminosa, não sendo cabível a aplicação do redutor de pena do

artigo 33, §4º da Lei 11343/2006, sendo certo que tal benefício destina-se a traficantes ocasionais.

Diante da manutenção do *quantum* de pena aplicado pelo crime de tráfico de entorpecentes, prejudicados os pedidos de abrandamento do regime prisional e de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ademais, a quantidade de droga que estaria a autorizar o incremento da pena-base, na forma do artigo 42 da Lei 11343/2006 prestam-se a fundamentar a imposição do regime inicial mais rigoroso.

Diante do exposto, dirijo meu voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para absolver o réu da imputação do artigo 35 da Lei 11343/2006, com fundamento no artigo 386, VII do Código de Processo Penal, aquietando-se a pena final e definitiva do apelante, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em 5 anos de reclusão em regime fechado e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 2016

**JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO**

**Desembargador Relator**