



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR LUIZ SILVIO RAMALHO JÚNIOR

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL (Processo nº 0001462-42.2013.815.0131)

RELATOR: Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior

APELANTE: Ministério Público do Estado da Paraíba

01 APELADO: Fernando Martins de Sousa

DEFENSORA: Damiana de Almeida Freitas de Oliveira

02 APELADO: Edmilson da Silva

DEFENSOR: Rogério Bezerra Rodrigues

PENAL E PROCESSUAL PENAL – Apelação criminal. Crime contra a saúde pública. Tráfico de drogas. Materialidade e autoria comprovadas. Finalidade mercantil evidenciada. Condenação. Irresignação Ministerial. Dosimetria. Existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Motivação deficiente. Pena-base fixada no mínimo legal. Necessidade. Condenação pelo delito de associação para o tráfico. Impossibilidade. Vínculo estável não demonstrado. Desprovemento.

– *Expressões genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem ser considerados para a valoração negativa das circunstâncias judiciais.*

– *Não se configura o delito de associação para o tráfico quando não for claro e inconteste o propósito perene dos envolvidos em praticar reiteradamente ou não o comércio ilegal de drogas.*

VISTOS, RELATADOS e DISCUTIDOS estes autos, em que são partes as acima identificadas.

ACORDA a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e, em harmonia, em parte, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo **Ministério Público do Estado da Paraíba** (f. 183) em face da sentença proferida pela juíza da 4ª Vara Mista da Comarca de Cajazeiras/PB, que julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo Fernando Martins de Souza e Edmilson da Silva do crime de associação ao tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006)¹, condenando-os, no entanto, pela prática do delito descrito no art. 33² da Lei 11.343/2006, fixando, para o primeiro apelado, pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais sanção pecuniária equivalente a 170 (cento e setenta) dias-multa e, para o segundo, pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais sanção pecuniária equivalente a 170 (cento e setenta) dias-multa. A magistrada singular fixou o regime inicial aberto e o valor do dia-multa no seu mínimo legal (fs.171/176).

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que, após longo período de monitoramento, no dia 05 de abril de 2013, a Polícia Militar realizava diligências de Busca e Apreensão em frente a residência dos apelados, momento em que, estes ao avistarem os milicianos empreenderam fuga do local, fato que levantou suspeita sob indigitada conduta.

Revela que os policiais conseguiram abordar o primeiro imputado e ao realizarem buscas no interior de sua residência, localizada na rua Vitória Bezerra, 195, Bairro São Francisco, Cajazeiras/PB, encontraram 20 (vinte) pedras de substância semelhante a “crack”, 5 (cinco) pares de tênis e 5 (cinco) boletos de depósitos bancários em nome de Francineide L. Silva, estando esta presa por acusação de tráfico de drogas, razão pela qual os sentenciados foram presos em flagrante delito, sob a acusação de tráfico (fs. 02/05).

Em razões recursais o Ministério Público pugna pela majoração da pena imposta aos sentenciados e pela condenação dos réus nas sanções do artigo 35 da Lei 11.343/2006 (fs. 184/190).

Os apelados posicionam-se pelo desprovemento do recurso manejado pelo Parquet (fs. 198/200 e 203/206).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do recurso (fs. 210/214).

É o relatório.

– VOTO – Desembargador Luiz Silvio Ramalho Júnior (Relator).

¹ Lei 11.343/2006 - 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.

² Lei n. 11.343/06 - Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Conheço do recurso de apelação, porquanto próprio, tempestivo e regularmente processado, estando presentes, assim, os pressupostos para sua admissão.

Como relatado, o presente recurso encerra a pretensão do Órgão Ministerial no sentido de ver reformada a sentença com o fim de se majorar a reprimenda pela infringência do art. 33 e condenar os réus pelo crime de associação ao tráfico, nos termos do art. 35 da Lei Antidrogas.

O recurso deve ser desprovido.

DA DOSIMETRIA

Ao desenvolver as razões de seu inconformismo, como relatado, a representante do Parquet bate-se pela majoração da pena-base fixada para ambos os apelados, ao argumento de que como a metade das circunstâncias do artigo 59, *caput*, do Código Penal, foram valoradas de forma negativa, a pena de piso deveria, como corolário lógico, ter se distanciado do mínimo legal.

Com efeito, a individualização da pena é um princípio constitucionalmente assegurado, pelo artigo 5.º, inciso XLVI³ da Constituição Federal, representando, sobretudo, um direito fundamental do indivíduo e, concomitantemente, uma garantia humana fundamental. Trata-se, na verdade, de um direito subjetivo do acusado de obter, na hipótese de uma sentença penal condenatória, a pena justa, imparcial, livre de qualquer padronização, em decorrência natural e lógica dos processos de cálculo da pena, evitando-se, assim, os abusos e arbítrios praticados nos processos criminais de outrora. Fixando a reprimenda em patamar acima do mínimo legal, deve, obrigatoriamente, o sentenciante fundamentar os motivos que o levaram a estabelecer as reprimendas neste *quantum*.

Segundo doutrina Guilherme de Souza Nucci⁴:

"Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos

³ CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

⁴ (NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena, São Paulo, Ed RT, 2005, p. 31-32).

demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da "mecanizada" ou "computadorizada" aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz José Antonio Paganella Boschi, o princípio da individualização da pena, que 'visa a resguardar o valor do indivíduo - precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular".

Dentro deste espírito, não se pode esquecer que o objetivo da pena não é eternizar o sofrimento do acusado, mas, sim, reeducá-lo, para que possa reintegrar-se à sociedade.

No caso em discepção, a juíza *a quo*, ao dosimetrar tanto a pena de Fernando Martins de Souza, quanto a reprimenda de Edmilson da Silva, na primeira fase, embora tenha, equivocadamente, valorado negativamente, a culpabilidade, as circunstâncias, consequências e motivos do crime, fixou, corretamente, para ambos, a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão.

Isso porque, o juízo de desvalor realizado sobre ditas circunstâncias judiciais não trouxe qualquer dado concreto, aferível a partir da prova dos autos, capaz de justificar a exasperação da pena-base. *In literis*:

Sobre a culpabilidade, destacou a magistrada (fs. 174 e 175):

A **culpabilidade** foi grave, pois agiu com dolo direto. (grifos originais).

A culpabilidade, tida em seus aspectos estruturais (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), enquanto elemento constitutivo do crime – de acordo com sua concepção tripartite (fato típico, antijurídico e culpável) – não se confunde com a culpabilidade apontada no art. 59 do Código Penal.

Aquela integra o próprio crime, cuja sanção já se encontra abstratamente prevista no preceito secundário da norma incriminadora. Esta é circunstância judicial indicativa da aplicação da pena-base, quando já verificada a ocorrência do delito, segundo o seu grau de reprovabilidade.

No ponto, segue a doutrina de **Rogério Greco**⁵:

Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais de uma vez, a análise da culpabilidade. Temos de realizar, dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da

⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 11 ed., Rio de Janeiro: Impetus. 2009, p. 536.

infração penal, quando se afirmar que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador.

No caso dos autos, a juíza sentenciante limitou-se a reprovar a culpabilidade considerando o dolo que informou a conduta dos apelantes, sem trazer qualquer outro dado, não integrante do próprio conceito analítico do crime, que permitisse a exasperação da reprimenda.

Sobre a matéria, eis o STJ⁶:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ABUSO DE CONFIANÇA. IMPROCEDÊNCIA. AGENTE QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE GERENTE DA EMPRESA-VÍTIMA. RELAÇÃO DE CONFIANÇA. PENA-BASE. REAJUSTAMENTO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.

1. [...].

4. A pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF) de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

5. A imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e o potencial conhecimento da ilicitude constituem pressupostos da culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime, ao passo que a "culpabilidade" prevista no art. 59 do Código Penal diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, esta, sim, a ser valorada no momento da fixação da pena-base.

7. [...]

9. Ordem concedida parcialmente para reduzir a pena do paciente de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa a 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, mantidos o regime prisional aberto e a substituição de pena. (grifamos).

175): A respeito das circunstâncias do crime, destacou (fs. 174 e

As **circunstâncias do crime**, em nada favorecem ao acusado, em face das condições em que foi perpetrada a ação e a sua maneira de agir. (grifos originais).

Sobre as circunstâncias, leciona **Guilherme Nucci**⁷:

⁶ (HC 90.161/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)

⁷ Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed., São Paulo: RT. 2008, p. 400.

Circunstâncias do crime são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito.

Aqui, mais uma vez, a magistrada utilizou-se de dado inerente ao próprio tipo, tendo em vista que a conduta de ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar constitui, ao lado de outros verbos, um dos vários núcleos do tipo misto alternativo do delito de tráfico, de modo que tal procedimento configura a própria conduta típica, já sancionada com a pena-mínima abstratamente cominada, e, portanto, a sua consideração, para exasperar a sanção, configura indevido *bis in idem*.

No que toca às consequências do crime, consignou a juíza sentenciante (fs. 174 e 175):

“As **conseqüências do crime** sempre são danosas, já que o tráfico vem destruindo a sociedade”. (grifos originais).

Discorrendo sobre esta circunstância, destaca a doutrina⁸:

Conseqüências do crime: é o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico. É lógico que num homicídio, por exemplo, a conseqüência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma conseqüência não natural do delito.

Uma vez mais, a magistrada se valeu, à guisa de consequências do crime, de informações já abarcadas pela norma incriminadora, tal qual os danos que acarretam para a sociedade e para a saúde pública, não tendo particularizado, à vista da prova realizada, em que medida as consequências do delito teriam transcendido aquelas já consideradas no preceito primário e sancionadas pela pena mínima, incorrendo, assim, em *bis in idem*.

Sem destoar, colaciona-se precedente do STJ⁹:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. MOTIVOS. CONSEQUÊNCIAS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO.

[...]

3. A busca do lucro fácil é inerente ao tipo penal de tráfico de drogas, não se prestando a agravar os motivos do crime.

4. **Os danos gerais à sociedade e à saúde dos usuários de drogas, conquanto desastrosos, são próprios ao delito de tráfico, não servindo como suporte apto a desvalorar as**

⁸ Nucci, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 400.

⁹ (HC 135.189/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011)

consequências do crime.

[...]

6. Ordem concedida a fim de afastar a valoração negativa da culpabilidade, da personalidade, dos motivos e das consequências do crime, bem como para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ficando a pena do paciente redimensionada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias, mantido o regime inicial fechado. (grifamos).

175): A respeito dos motivos do crime, consignou a juíza (fs. 174 e

“Os **motivos do crime**, presumem-se que tenha sido ganhar dinheiro às custas do tráfico. Vítima é a sociedade”. (grifos originais).

Dimensionando os motivos do crime, destaca Rogério Greco¹⁰:

Os motivos são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal. Nas lições de Pedro Vergara, “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas”.

Pois bem. Conforme dispõe o artigo 33, da Lei 11.343/2006, a pena mínima do crime de tráfico de drogas é 5 (cinco) anos e a máxima 15 (quinze) anos de reclusão e multa. Para se fixar a pena-base, necessário se faz a utilização das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Ainda, segundo o disposto no art. 42, da Lei n.º 11.343/06, na fixação da pena-base a natureza e a quantidade da substância ou produto, deverão ser consideradas com preponderância às circunstâncias judiciais (art. 59, CP).

Como cediço, só quando todas as circunstâncias são favoráveis ao réu é que a pena deve ficar no mínimo legal, bastando que apenas uma lhe seja desfavorável para que a pena-base se afaste do mínimo.

Sobre o tema, trago à baila os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt¹¹:

[...] “Qual o ponto de partida para a dosagem da pena-base?

Nossa resposta é única: a pena-base sempre deverá ser dosada a partir da pena mínima prevista em abstrato no tipo penal. Este é o nosso ponto de partida, e outro não poderia ser, pois somente se justifica a exasperação da pena quando estiver presente circunstância judicial reconhecida e valorada como desfavorável ao condenado.

¹⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 10 ed., Rio de Janeiro: Impetus. 2008, p. 565.

¹¹ Sentença Penal Condenatória – Ricardo Augusto Schmitt – 7ª edição, Revista e atualizada – 2012, Editora Jus PODIVM, págs. 148 e 166.

Em havendo circunstâncias judiciais reconhecidas e valoradas como desfavoráveis ao agente, deverá a pena-base se afastar do mínimo legal, caso contrário, deve permanecer na sanção mínima prevista pelo legislador.” [...]

E continua:

[...] “O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo de pena previsto em abstrato no tipo (máximo – mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado do intervalo da pena em abstrato por 8 (oito), pois este é o número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Com esse raciocínio, chegamos ao patamar exato de valoração de cada circunstâncias judicial (*com absoluta proporcionalidade*), que servirá de parâmetro para o julgado promover a análise individualizada no momento da dosagem da pena-base.”[...].

de Justiça¹²: Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEVAÇÃO MOTIVADA. QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DAS OUTRAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS (AGRAVANTES). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP E 5º, XLVI, E 93, XI, DA CF/88. COAÇÃO ILEGAL NÃO PATENTEADA.

– **À luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença ou do acórdão quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.**

2. Diante das particularidades do caso concreto e da motivação apresentada pelo Tribunal apontado como coator, não se pode concluir como manifestamente ilegal ou mesmo desproporcional o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, pois revela-se justo e atende aos fins a que se propõe a aplicação da pena = necessidade de reprovação da conduta incriminada na forma como cometida, sem perder de vista as características pessoais daqueles a quem a sanção se destina.

[...].

3. Ordem denegada. (grifamos).

Registre-se, por oportuno que, em se tratando de crime de

¹² (HC 139.577/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 01/08/2012)

tráfico, deve-se levar em consideração, para o estabelecimento da pena-base, o disposto no art. 42¹³ da Lei 11.343/2006, que dispõe ser causa preponderante, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Ocorre que, expressões genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem ser considerados para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, de modo que, a pena-base, deveria mesmo, ter sido fixada no mínimo legal.

DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Melhor sorte não socorre a i. Representante do Parquet ao pleitear a condenação dos apelados pelo crime de associação para o tráfico.

Isso porque, como cediço, o delito de associação para o tráfico demanda, para sua configuração, que duas ou mais pessoas se unam a fim de cometer os crimes tipificados no artigo 33 e 34, ambos da Lei de Drogas.

Exige-se, portanto, a comprovação da estabilidade e permanência do vínculo entre seus membros ou, caso contrário, estar-se-ia, diante de mero concurso de pessoas, o qual, como sabido, não foi erigido à categoria de delito autônomo na legislação pátria.

Sobre o assunto, são lapidares os ensinamentos de Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi¹⁴. Confira:

"O crime de associação, como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores. Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual, configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração."

Não por menos, leciona com propriedade Guilherme de Souza Nucci¹⁵:

"Exige-se 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."

¹³ Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

¹⁴ (in Lei de Drogas Anotada – 3ª edição, revista e atualizada – 2009 – Editora Saraiva – São Paulo, pág. 133)

¹⁵ (NUCCI, Guilherme de Souza, Leis penais e processuais penais comentadas, RT, 5ª ed., 2010, p. 379).

De fato, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

Nesse sentido colaciona-se entendimento pacificado na jurisprudência.

Sobre o tema, assim se posiciona o STJ¹⁶:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E **ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO**. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no caput do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

2. **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.

[...]

3. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem. (grifamos).

Outra¹⁷:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E **ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO**. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, NO TOCANTE AO SEGUNDO DELITO, POR INEXISTÊNCIA DE ÂNIMO ASSOCIATIVO ENTRE OS RÉUS. **AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO, NAS DECISÕES IMPUGNADAS, DA EXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO REFERENTE AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.** IMPRESCINDIBILIDADE. PLEITO DE REFORMULAÇÃO DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. EVIDENCIADA A DEDICAÇÃO DA PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS

¹⁶ (HC 183.441/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011)

¹⁷ (HC 212.000/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013)

GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARCIALMENTE, COM EFEITOS EXTENSIVOS AO CORRÉU.

1. Os julgadores, nas instâncias ordinárias, concluíram pela condenação da Paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, sem examinar, contudo, se havia estabilidade e permanência na associação criminosa, pois esses elementos foram considerados desnecessários para a configuração do crime em apreciação.

2. Porém, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, 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.º 11.343/2006" (HC 166.979/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 15/08/2012).

3. No caso, revela-se imprescindível a cassação da sentença condenatória e do acórdão impugnado, na parte referente à condenação da Paciente pelo crime de associação para o tráfico, com efeitos extensivos ao corréu. Afastada essa condenação, a impetração resta prejudicada quanto ao pedido de reformulação da dosimetria relativa a esse delito.

4. Mostra-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, a Paciente não preenche os requisitos legais, considerando-se, sobretudo, o seu grau de envolvimento com o tráfico.

5. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelo Tribunal Impetrado quanto à dedicação da Paciente à atividade criminosa, pois tal providência demanda incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

6. Na hipótese, não se mostra possível a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, já que a Paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, tendo em vista a pena aplicada - 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.

7. Considerando a pena estabelecida e tendo em vista que a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável à Paciente, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida, para cassar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, apenas na parte referente à condenação da Paciente pelo crime de associação para o tráfico, com efeitos extensivos ao corréu Marcos Adriano da Silva. (grifamos).

A despeito dos requisitos necessários para a caracterização do crime de associação para o tráfico, vale mencionar ainda jurisprudência do

Tribunal Paraibano¹⁸, que segue nos seguintes termos:

APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. Art. 35 da Lei nº 11.343/2006. Absolvição. Irresignação ministerial. Pretendida a condenação. Impossibilidade. Imprescindível demonstração da estabilidade ou permanência para sua configuração. Tráfico ilícito de drogas. Cogitação da exasperação da pena-base. Inviabilidade. Reprimenda dosada em obediência ao método trifásico. *Quantum* fixado dentro dos limites de autonomia do sentenciante. Recurso conhecido e desprovido.

- **Só se configura o delito de associação para o tráfico quando duas ou mais pessoas se ligam com animus associativo permanente e estável para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput, e § 1º, e 34, da Lei nº 11.343/2006. À ausência desses requisitos não há que se falar em condenação.**

- *In casu*, o douto Juiz primevo analisou as circunstâncias judiciais com prudência, valendo-se dos elementos e informações constantes no caderno processual, agindo dentro dos limites de sua autonomia e em obediência às normas legais, o que desautoriza a esta instância revisora fazer qualquer reparo no *decisum a quo*, quanto ao exame das moduladoras do artigo 59 do Código Penal, possibilitando aumento de pena. (grifamos).

No caso concreto, extrai-se dos autos que a partir do monitoramento cujo objetivo era coibir a mercância ilícita de entorpecentes, a Polícia Militar, no curso de diligências de Busca e Apreensão, suspeitou da conduta dos incriminados, eis que, ao avistarem os milicianos empreenderam fuga.

Colhe-se ainda, que os policiais conseguiram abordar o primeiro imputado e, ao realizarem buscas no interior de sua residência encontraram 20 (vinte) pedras de substância semelhante a “crack”.

Ocorre que, repise-se, inexistente demonstração da formação da sociedade criminosa entre os dois acusados apta a sustentar um decreto condenatório, eis que, a nosso aviso, não restou configurado o *animus* associativo permanente e estável entre Fernando Martins de Sousa e Edmilson da Silva, como requer o núcleo do tipo penal descrito no art. 35 da Lei de Drogas. *In verbis*:

Lei 11.343/2006 - 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.

Destarte, apesar de os apelados terem sido flagrados na posse do entorpecente destinado à venda, entendemos que o *animus* associativo permanente e estável não restou satisfatoriamente demonstrado nos autos, desautorizando, pois, a condenação pelo delito previsto no artigo 35 da Lei

¹⁸ TJPB - Acórdão do processo nº 03020070019671003 - Órgão (CAMARA CRIMINAL) - Relator DES. ARNÓBIO ALVES TEODÓSIO - j. em 20/11/2012

11.343/2006.

Dessa forma, a absolvição pelo crime descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006 era mesmo de rigor.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Arnóbio Alves Teodósio, Presidente, em exercício, da Câmara Criminal, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz Sílvio Ramalho Júnior, relator, Carlos Martins Beltrão Filho, revisor e Wolfran da Cunha Ramos (Juiz de Direito convocado para substituir o Exmo. Des. Joás de Brito Pereira Filho).

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor Doutor José Marcos Navarro Serrano, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal “Des. Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 20 de novembro de 2014.

Desembargador Luiz Sílvio Ramalho Júnior
Relator