



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GABINETE DE DESEMBARGADOR

---

## ACÓRDÃO

### **APELAÇÃO CRIMINAL N. 0002837-48.2013.815.0141**

**ORIGEM:** Juízo da 2ª Vara da Comarca de Catolé do Rocha

**RELATOR:** Juiz Marcos William de Oliveira, convocado para compor a Câmara Criminal até o preenchimento da vaga de Desembargador

**APELANTE:** Antônio Eliton Fernandes de Arruda Filho

**ADVOGADO:** José Weliton de Melo (OAB/PB 9021)

**APELADA:** Justiça Pública Estadual

**APELAÇÃO CRIMINAL.** TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À EXISTÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. INAPLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL. FIXAÇÃO DO SEMIABERTO. PROVIMENTO PARCIAL.

- A condenação pelo delito de associação para o tráfico pressupõe a comprovação da existência do vínculo associativo entre os agentes para a comercialização de drogas, o que não ocorreu *in casu*.

- "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base." (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

- Consoante vem se posicionando o Colendo STJ, "é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06". (HC 431.445/MS, Rel. Ministro FELIX

FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 06/04/2018).

- Ausentes os requisitos dos artigos 44, inciso I, do Código Penal, uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada é superior a quatro anos, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Tomando-se por base o *quantum* de pena aplicado, tem-se que o apelante deve iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, notadamente por ser réu primário.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos.

**ACORDA** a Câmara Especializada Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, dar provimento parcial à apelação.**

Trata-se de apelação criminal interposta por ANTÔNIO ELITON FERNANDES DE ARRUDA FILHO contra a sentença (f. 74/77v) proferida pelo Juízo da 2ª Vara Mista da Comarca de Catolé do Rocha, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando-o pela prática dos crimes capitulados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, às seguintes penas:

- **Tráfico de Drogas:** 06 (seis) anos e 01 (um) mês de reclusão e 611 (seiscentos e onze) dias-multa;

- **Associação para o Tráfico:** 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 755 (setecentos e cinquenta e cinco) dias-multa;

Aplicou-se a regra do **concurso material de crimes** (art. 69 do CP), somando-se as penas, perfazendo um total de **09 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 1.366 (mil trezentos e sessenta e seis) dias-multa.**

O regime inicial de cumprimento de pena foi o **FECHADO, sendo que foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade.**

Nas razões recursais (f. 84/89) o apelante alegou que não restou comprovado o vínculo associativo duradouro ou permanente, necessário à configuração do crime de associação para o tráfico, requerendo, ao final, sua

absolvição quanto a esse delito. Requereu, ainda, a redução da pena aplicada quanto ao crime de tráfico, sua substituição por prestação de serviço e, sucessivamente, a fixação no regime semiaberto.

Nas contrarrazões (f. 90/95) o representante do Ministério Público pugnou pelo provimento parcial da insurgência, para absolver-se o apelante do crime de associação para o tráfico e para que lhe seja concedido o regime semiaberto.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para que o apelante seja absolvido quanto ao delito de associação para o tráfico (f. 101/109).

É o relatório.

**VOTO: Juiz Convocado MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA  
Relator**

Emerge dos autos que o réu, Antônio Eliton Fernandes de Arruda Filho, no dia 27 de novembro de 2013, por volta das 11h00min, foi preso em flagrante em frente à sua residência, comercializando drogas em companhia do menor M. A. V.

A apelação insurgiu-se apenas contra a condenação referente ao crime de associação para o tráfico e contra a pena imposta ao crime de tráfico de drogas e seus consectários legais.

I - DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006).

Em relação ao crime de associação para o tráfico, o apelante requereu sua absolvição.

Quanto ao tipo subjetivo capitulado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é cediço que consiste na junção do dolo específico de traficar com o *animus* associativo.

Ao interpretar o núcleo do tipo inserto no artigo 35 da Lei de Drogas, Guilherme de Souza Nucci destaca a necessidade de **prova de estabilidade e permanência da associação criminosa**, *in verbis*:

Associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos

arts. 33, *caput*, e 1.º, e 34 da Lei 11.343/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes. (...) Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa. (Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 365).

Segundo ensina, exige-se 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. (Op. cit., p. 366).

No caso dos autos não houve a necessária e inequívoca demonstração de que o apelante estabeleceu com o menor M. A. V. uma ligação, um liame, com o exato objetivo de formar uma sociedade destinada para os fins de tráfico.

Nesse sentido manifestou-se o Promotor de Justiça em suas contrarrazões, *in verbis*:

As demais testemunhas não apresentam um depoimento consistente, tendo apenas presenciado o momento da prisão. Assim, observa-se que não subsiste nos autos amparo probatório suficiente para condenar o apelante pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, pois não há prova de que sua associação com o adolescente se revestia de permanência e estabilidade, fatores essenciais para configuração do crime em comento. (f. 93).

Nesse ponto assim se posicionou o Procurador de Justiça, em seu parecer:

Com efeito, a prova produzida não é suficiente para demonstrar, com a certeza necessária, que o réu, ora apelante, e o adolescente se associaram de forma **estável** ou **permanente** para a prática do tráfico de drogas, sendo cogente a absolvição em relação a tal conduta delitiva. (f. 105).

A condenação pelo delito de associação para o tráfico pressupõe a comprovação da existência do vínculo associativo entre os agentes para a comercialização de drogas, o que não ocorreu *in casu*.

**Dessa forma, é imperiosa a absolvição do apelante quanto ao delito tipificado no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006.**

## II - DA DOSIMETRIA APLICADA QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.

O magistrado considerou a existência de 01 (uma) circunstância judicial desfavorável ao réu, notadamente a "conduta social", fundamentando sua conclusão na certidão de antecedentes colacionada às f. 31/32, resultando na fixação da pena-base em 06 (seis) anos e 01 (um) mês de reclusão e 611 (seiscentos e onze) dias-multa.

A pena-base, portanto, foi fixada acima do mínimo legal, que é de 05 (cinco) anos. Do mesmo modo, a pena de multa também foi estabelecida em montante bem superior ao mínimo legal, que é de 500 (quinhentos) dias-multa.

Porém, analisando a certidão de antecedentes do réu (f. 31/32), impõe-se concluir pela sua primariedade. Assim, os inquéritos policiais e as ações penais em curso, constantes da referida certidão, não podem ser utilizados para o agravamento da pena-base, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que tem o seguinte enunciado:

**É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.** (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

É imperioso, destarte, readequar-se a pena-base para afastar-se a análise desfavorável da circunstância judicial referente à "conduta social", resultando em uma totalidade de circunstâncias favoráveis ao réu e, por consequência, na fixação da pena-base no mínimo legal, qual seja, **05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

Não há agravantes nem atenuantes a serem consideradas na 2ª fase da dosimetria, nem causas de aumento ou diminuição a observar na terceira, como bem pontuou o juiz sentenciante.

Registre-se que a causa de diminuição esculpida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve beneficiar o réu primário e com bons antecedentes, de quem não se tem notícia da dedicação às atividades criminosas ou que integre organização criminosa.

No caso o réu não apresenta bons antecedentes, conforme se observa da certidão de antecedentes já referida, que registra a existência da prisão em flagrante n. 0002506-66.2013.815.0141 por tráfico de drogas, distribuída em 05/11/2013, e que resultou no Inquérito n. 0002720-57.2013.815.0141.

Assim, antes de cometer o delito em julgamento (27/11/2013), o denunciado já se havia envolvido com o mundo do crime, notadamente com a prática de delito relacionado ao tráfico de drogas, o que afasta a condição de bons antecedentes.

Consoante vem se posicionando o STJ:

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. (HC 431.445/MS, Relator: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, publicado em DJe 06/04/2018).

É impossível, destarte, a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, a pena definitiva para o crime de tráfico de drogas importa em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

### III - DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

No caso em tela não estão preenchidos os requisitos dos artigos 44, inciso I, do Código Penal, uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada é superior a quatro anos, não havendo que se falar, portanto, em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

### IV - DO REGIME.

Por fim, pugnou o recorrente pela fixação do regime **semiaberto** para o início de cumprimento de pena.

Na espécie fixou-se o regime prisional **fechado**, sob o fundamento do quanto apurado de pena, depois de somadas as condenações pelo crime de tráfico e de associação para o tráfico.

Ocorre que, com a absolvição do réu do crime de associação para o tráfico, persiste apenas a condenação pelo crime de tráfico de drogas, cuja pena corporal foi reduzida para 05 (cinco) anos de reclusão.

Registre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo legal.

Nesse sentido:

Declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n.8.072/90, que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação do regime inicial deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/06, **aos condenados por tráfico de drogas.** (STJ - AgRg no REsp 1512607/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018).

Sendo assim, tomando-se por base o *quantum* de pena aplicado (05 anos de reclusão), tem-se que o apelante deve iniciar o cumprimento da pena em **regime semiaberto**, notadamente por ser réu primário (art. 33, § 2º, "b", do CP).

V - DO DISPOSITIVO.

Ante o exposto, **dou provimento parcial à apelação** para:

**A)** absolver o apelante do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 - associação para o tráfico;

**B)** reduzir a pena referente ao crime de tráfico de drogas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa;

**C)** fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena.

**Anote-se que o apelante já se encontra em liberdade por este processo - Alvará de soltura às f. 72.**

É como voto.

Expeça-se mandado de prisão após o decurso do prazo de embargos, sem manifestação.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Desembargador **JOÃO BENEDITO DA SILVA** (decano no exercício da Presidência da Câmara Criminal e Revisor), dele participando **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito convocado para compor a Câmara Criminal até o preenchimento da vaga de Desembargador) e o Excelentíssimo Desembargador **MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS** (2º vogal). Ausente, de forma justificada, o Excelentíssimo Desembargador CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO, Presidente da Câmara Criminal.

Presente à sessão o Excelentíssimo Doutor  **AMADEUS LOPES FERREIRA**, Promotor de Justiça Convocado.

Sala de Sessões da Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 02 de agosto de 2018.



**Juiz Convocado MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA**  
**Relator**