



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
 Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
 Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

**ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**  
**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 313730-4**  
**COMARCA: ABREU E LIMA (1ª VARA)**  
**APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**APELADO: ANDERSON JOSÉ DA SILVA**  
**RELATOR: DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**PROCURADORA: DRA. MILTA MARIA PAES DE SÁ**

**EMENTA:** PROCESSUAL PENAL. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE CONDENÇÃO NO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AUMENTO DE PENA ART. 40, VI DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. IN DUBIO PRO REO. QUANTUM DE PENA QUE PERMITE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO.

1. As provas carreadas aos autos não são suficientes para embasar a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, tampouco para a aplicação da casa de aumento de pena constante no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/2006..

2. O quantum de pena permite a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, mais benéfica ao réu. À unanimidade, negou-se provimento ao apelo e de ofício substituiu-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

### **A C Ó R D ã O**

ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em, unanimemente, negar provimento recurso do Ministério Público, e de ofício substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tudo de conformidade dos votos constantes das Notas Taquigráficas anexas e do Relatório que as integra.

Recife,

Leopoldo de Arruda Raposo  
 Desembargador Relator.

134



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

**ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**  
**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 313730-4**  
**COMARCA: ABREU E LIMA (1ª VARA)**  
**APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**APELADO: ANDERSON JOSÉ DA SILVA**  
**RELATOR: DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**PROCURADORA: DRA. MILTA MARIA PAES DE SÁ**

**RELATÓRIO**

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco em face da sentença de fls. 99/102, que condenou o apelado Anderson José da Silva à pena de 03 (três) anos e 04(quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas.

Nas razões de apelo (fls. 111/117) alega o Ministério Público, resumidamente, que a sentença merece reforma, para que o recorrido seja condenado nas penas do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006, bem como para que seja reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas (participação de menores de 18 anos no crime).

Nas contrarrazões do recurso (fls. 118/119), pugna o recorrido que seja mantida a sentença vergastada.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça fls. 133/134 verso, opinando pelo provimento do apelo, para que o apelado seja condenado nas penas do art. 35 da Lei de Drogas (associação para o tráfico) e para que seja reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI da referida lei.

É o Relatório.

À douta Revisão.

Recife, 11 de outubro de 2013.

**Leopoldo de Arruda Raposo**  
Desembargador Relator.



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
 Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
 Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

**ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**  
**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 313730-4**  
**COMARCA: ABREU E LIMA (1ª VARA)**  
**APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**  
**APELADO: ANDERSON JOSÉ DA SILVA**  
**RELATOR: DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**PROCURADORA: DRA. MILTA MARIA PAES DE SÁ**

**VOTO**

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, em face da sentença que condenou o apelado Anderson José da Silva, à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão além do pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06).

Inicialmente cumpre referir que segundo narra a denúncia na noite do dia 11 de junho de 2012, na Rua Eucalípto, nº 222, planalto, Abreu e Lima (PE), o ora apelado Anderson José da Silva, agindo em comunhão de esforços e desígnios com os adolescentes V.A.S (17 anos) e R.P.M (14 anos) foi flagrado por policiais militares em típica atividade do tráfico de drogas. Ainda, de acordo com a denúncia com o grupo foram apreendidas 46 pedras de crack.

Pretende o Ministério Público que o apelado reste condenado nas penas do crime de associação para o tráfico, bem como que seja reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI da Lei de Drogas<sup>1</sup>.

Compulsando os autos verifica-se que não merece reparo a sentença no que tange à condenação do apelante pela prática do crime de tráfico de drogas.

A materialidade está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 06/09). Já a autoria restou demonstrada pelo depoimento das testemunhas, quais sejam, os policiais militares Denílson Ferreira do Nascimento (fls. 06 e 79), Helton Adriano Guilherme da Silva (fls. 07 e 79) e Tamires Brasileira Gadelha (fls. 08 e 90).

<sup>1</sup> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
 Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
 Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

Relativamente ao delito do artigo 35 (associação para o tráfico), cumpre fazer uma breve análise.

Considerando que o artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 faz uso da expressão "praticar reiteradamente ou não", necessário se torna aferir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta apenas a convergência ocasional de vontades numa colaboração entre pessoas, ou é imprescindível que a reunião dessas pessoas se dê de forma estável.

Sobre o tema, a doutrina tem adotado o seguinte posicionamento:

"A Lei 11.343 não prevê mais causa de aumento de pena para os casos em que o crime é praticado em concurso. E voltou a consignar, expressamente, que a associação para o tráfico perfaz-se com a reunião dos agentes, não exigindo que tenham o fim reiterado de praticar os crimes. Indaga-se: é possível considerar consumado o delito quando houver concurso de agentes para a prática de um único delito de tráfico, sem que haja o animus de manutenção da parceria? Continuamos entendendo que o tipo penal exige a estruturação de uma pequena sociedade criminosa. Não para a prática de um crime certo, mas sim com o propósito de traficar drogas com certa habitualidade ou pelo menos com o propósito de manter em funcionamento uma associação criminosa. É até possível que os associados pratiquem apenas um único crime, ou nem mesmo cheguem a cometer infração penal, mas é imprescindível que esteja presente a intenção de manter o vínculo entre os membros da organização." (Samuel Miranda Arruda, Drogas. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Método, 2007, p. 77).

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 (...). 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". (Guilherme de Souza Nucci - In Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pags. 365/ 366).

"Não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável." (Renato Marcão in Tóxicos. Lei n.11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. Anotada e Interpretada. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227).



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
 Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

Este também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme verifica-se dos trechos a seguir transcritos:

"I - O tipo previsto no artigo art. 35 da Lei nº 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 da norma referenciada. Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo.

(...)" ((REsp 1113728/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJE 19/10/2009).

"1. O delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 não se configura diante de associação eventual, mas apenas quando estável e duradoura, não se confundindo com a simples co-autoria. Precedentes.

(...)" (HC 149330/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJE 28/06/2010).

No presente caso, não há qualquer registro acerca da existência de associação do apelado com alguma estabilidade ou caráter permanente, com organização criminosa registro necessário à configuração da infração penal disposta no artigo 35 da Lei 11.343/2006.

Saliente-se, quando da ação policial, não foi encontrada balança, nem material para o armazenamento e comercialização de drogas, o apelado é primário.

Certamente, não há como se condenar por prática do delito de associação para o tráfico, sem que a sentença aponte motivadamente a presença do vínculo psicológico dirigido à formação de sociedade com o fim específico de traficar. Caso contrário se terá um mero concurso de pessoas.

Em decorrência, deve ser mantida a absolvição relativamente ao **delito de associação para o tráfico de drogas previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06.**

De igual sorte, como bem realçado pelo douto juiz na sentença "também nada foi provado nos autos sobre a identidade e a menoridade das outras duas pessoas que foram apreendidas. Caberia ao MP trazer aos autos a identificação dos possíveis menores, bem como cópia da eventual representação formalizada contra eles por esse mesmo fato."



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
 Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

Dessa forma, entendo que não deve incidir a causa de aumento de pena constante do artigo (40, VI da Lei 11.343/2006<sup>2</sup>).

Saliento que a dosimetria da pena foi corretamente procedida pelo douto magistrado sentenciante, nada havendo a retificar relativamente à mesma, restando, portanto, o apelado condenado à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 333 dias multa no valor de 1/30 do salário mínimo legal vigente à época do fato.

Contudo, no que pertine ao cumprimento da pena no regime inicialmente fechado entendo que merece reforma a sentença, pois o *quantum* da pena permite a substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, razão porque, voto no sentido de substituir a pena de três anos e quatro meses de reclusão, por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, de prestação de serviço à comunidade e de prestação pecuniária no valor correspondente a 06 (seis) cestas básicas, devendo o Juízo das Execuções Penais viabilizar o cumprimento da pena.

Neste sentido é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 DA LEI 6.368/76). NEGATIVA DE AUTORIA. CONFISSÃO NA FASE INQUISITÓRIA E DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E EXISTÊNCIA DO FATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME EM RELAÇÃO AO APELO MINISTERIAL. POR MAIORIA EM RELAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.1. A autoria restou demonstrada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante e pela confissão do próprio acusado perante a autoridade policial, o qual narrou a ação delituosa com clareza de detalhes. E apesar do apelado ter se retratado da confissão feita na fase inquisitorial, a referida confissão possui valor probante visto que encontra-se em plena harmonia com os demais elementos probatórios constantes dos autos.2. Além disso, os depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante são plenamente válidos, tendo em vista que não há no caderno**

<sup>2</sup> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação



**Poder Judiciário**  
**Tribunal de Justiça de Pernambuco**  
**GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670  
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

processual fato que desabone a conduta dos agentes, e suas declarações têm, em princípio, presunção de veracidade e boa-fé, cabendo à parte contrária demonstrar a existência de motivos para duvidar de tais assertivas.3. Há possibilidade de aplicar a substituição da **pena** privativa de liberdade pela **restritiva de direito**, ante o preenchimento dos requisitos legais exigidos para a conversão estabelecidos no art. 44 do CP. De fato, as regras gerais dispostas no art. 44 do CP só não incidiriam se as Leis nº 6368/76 ou nº 8072/90 regulassem de forma específica a matéria, de forma a afastar a incidência das regras gerais atinentes à mencionada substituição, o que não é o caso dos autos.4. À unanimidade de votos, deu-se provimento ao apelo ministerial, para condenar o acusado à **pena** de 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado. Por maioria, determinou-se a substituição da **pena** privativa de liberdade por **restritivas de direitos**, consistentes em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária no valor correspondente a 15 (quinze) cestas básicas, destinadas à entidade a ser definida pelo Juiz da Execuções.

Para fins de detração deve ser considerada a data de 12 de junho de 2012, data da prisão da apelante (fl. 123).

Ante o exposto, voto pelo não provimento do apelo Ministerial e de ofício, voto pela substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito acima indicadas.

Recife,

Leopoldo de Arruda Raposo  
Desembargador Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins

152

Apelação Criminal n.º 0313730-4 – 1ª Vara da Comarca de Abreu e Lima-PE

Apelante: Ministério Público do Estado de Pernambuco  
Apelado: Anderson José da Silva  
Relator: Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo  
Revisor: Desembargador Roberto Ferreira Lins  
Revisor Convocado: Juiz Joaquim Pereira Lafayette Neto  
Procuradora: Dra. Milta Maria Paes de Sá  
Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal

VOTO DO REVISOR

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Abreu e Lima, que absolveu o apelado Anderson José da Silva do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, condenando-o à uma pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cumulada ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei da mesma lei.

Em apertada síntese, pugna o Órgão Ministerial pela condenação do apelado pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, bem como seja reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da mesma lei.

Pois bem. De antemão antecipo que o pleito ministerial não merece prosperar.

Embora tenha restado comprovado nos autos o exercício da traficância por parte do apelado e de outras duas pessoas, verifico que os requisitos obrigatórios para a caracterização do delito de associação não se fizeram presentes no caderno processual.

Compulsando os autos, não encontro elementos informativos a indicar qualquer ligação entre o réu e os menores V.A.S. e R.P.M., a não ser na ação delituosa em análise, para a prática do delito de tráfico de drogas, o que, portanto, afasta a configuração do delito de associação, já que para a sua caracterização, faz-se necessária a prática reiterada de crimes apta a revelar estabilidade entre os agentes, o que, repito, não ficou provado nos autos.

Como ressalta Guilherme de Souza Nucci, para a configuração do delito de associação para o tráfico *"demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa e exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável"* (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2007, pág. 334).





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
Gabinete do Desembargador Roberto Ferreira Lins

Apelação Criminal n.º 0313730-4 – 1ª Vara da Comarca de Abreu e Lima-PE

O conjunto probatório, portanto, é frágil e insuficiente para ensejar um decreto condenatório em desfavor do apelado pela prática do delito de associação para o tráfico de drogas.

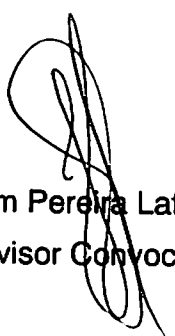
Outrossim, quanto ao pedido de aplicação da causa de aumento prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas, entendo que não merece prosperar.

Primeiro, porque o mencionado dispositivo não tem relação nenhuma com o processo em tela, uma vez que o crime não foi praticado com violência, com grave ameaça, com emprego de arma de fogo ou com qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. Segundo, porque caso tenha havido um erro de digitação no momento da escrita do inciso, compartilho o entendimento firmado pelo magistrado *a quo* na sentença condenatória, no sentido de que *"nada foi provado nos autos sobre a identidade e a menoridade das outras duas pessoas que foram apreendidas. Caberia ao MP trazer aos autos a identificação dos possíveis menores, bem como a cópia de eventual representação formalizada contra eles por esse mesmo fato."* (fl. 100).

Dessa forma, entendo que não deve incidir a causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas, muito menos a prevista no inciso IV do art. 40 da mesma Lei.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo ministerial, mantendo-se a sentença condenatória nos mesmos termos em que foi proferida.

É como voto.

  
Juiz Joaquim Pereira Lafayette Neto  
Revisor Convocado