



Banco do  
Conhecimento



# CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO – LEI 11.343/06

Banco do Conhecimento/ Jurisprudência/ Pesquisa Seleccionada/ Direito Penal

Data da atualização: 20.03.2018

## Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

[0270073-83.2015.8.19.0001](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA - Julgamento: 24/10/2017 - SEXTA  
CÂMARA CRIMINAL

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, COM A AGRAVANTE DE O DELITO TER SIDO COMETIDO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO PREVISTOS NOS ARTIGOS 33, CAPUT C/C 40, V, DA LEI 11.343 - SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO CONTIDO NA DENÚNCIA PARA CONDENAR O APELANTE NOS TERMOS DA DENÚNCIA A PENA FINAL DE 04 ANOS E 08 MESES DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 466 DIAS-MULTA NO VALOR MÍNIMO LEGAL SENDO FIXADO O REGIME FECHADO - RECURSO DEFENSIVO QUE PRETENDE A REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE SEJA O RÉU ABSOLVIDO; FIXAÇÃO DA PENA BASE NOS MÍNIMOS LEGAIS FAZENDO INCIDIR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33 § 4º DA LEI 11.343/06 EM SEU GRAU MÁXIMO, FIXANDO O REGIME ABERTO E, POR FIM SEJA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - MANUTENÇÃO DO EDITO CONDENATÓRIO, POIS A PROVA PRODUZIDA É SEGURA E FIRME - POLICIAIS E DEMAIS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO QUE FIZERAM NARRATIVAS HOMOGÊNEAS NÃO SE VERIFICANDO QUALQUER CONTRADIÇÃO A INVALIDÁ-LA - NEGATIVA DO RÉU QUE SE ENCONTRA DIVORCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO - MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO V DO ARTIGO 40 DA LEI DE DROGAS UMA VEZ QUE DUVIDA ALGUMA RESTOU DE QUE A APREENSÃO DO MATERIAL ENTORPECENTE E A PRISÃO DO APELANTE SE DERAM NO AEROPORTO INTERNACIONAL DO RIO DE JANEIRO QUANDO ESTE PROCEDIA DO ESTADO DO CEARÁ - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM 06 ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 600 DIAS-MULTA A QUAL SE MANTEM, APLICANDO, CONTUDO, A FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS), PARA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06 E DA RESULTANTE, MANTER A FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) PARA A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 40, V, DA LEI DE DROGAS PARA TORNÁ-LA EM DEFINITIVO EM 02 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 233 DIAS-MULTA - PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS E SENDO FAVORÁVEIS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, PROCEDO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, A SER DEFINIDA POR OCASIÃO DA EXECUÇÃO, FIXANDO O REGIME ABERTO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DEFENSIVO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 24/10/2017

=====

[0005682-19.2016.8.19.0050](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 26/09/2017 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRÁTICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME MAIS BRANCO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. Materialidade e autoria incontestes. O réu nega totalmente os fatos narrados na denúncia sustentando que é apenas usuário e que estava no local apenas para comprar droga com o adolescente infrator, que seria o real traficante no caso, ou seja, desculpa típica de acusado por tráfico de drogas pego em companhia de menor. A questão é complexa, no entanto a prova carreada aos autos é robusta não apenas em relação à materialidade como também no que diz respeito à comprovação da autoria delitiva em relação ao apelante. Diante desse contexto, oportuno salientar que, frente ao sistema do livre convencimento, os testemunhos dos agentes policiais constituem-se em elementos aptos à valoração pelo julgador, afigurando-se, inaceitável que, valendo-se o Estado de servidores públicos para prevenção e repressão das atividades delituosas, seja negada credibilidade a tais agentes, na oportunidade em que vêm a juízo relatar o que ocorreu por ocasião do desempenho de suas atividades. Precedentes STF e STJ. Noutro vértice, verifica-se que a defesa do réu não trouxe aos autos qualquer argumento ou elemento de convicção que pudesse espancar a prova acusatória produzida nos autos desde a fase pré-processual. De tudo resulta mostrar-se evidente que a droga apreendida era destinada ao narcotráfico. Até porque os agentes da Lei presenciaram o movimento de várias vendas de drogas no local dos fatos. Ademais, com a quantidade de droga apreendida e a forma de acondicionamento, revelasse indubioso o propósito de comercialização. Portanto, inegável que a conduta do acusado encontra adequação no delito de tráfico de drogas praticado com menor, sendo imperiosa a manutenção de sua condenação, não merecendo maiores considerações o pedido defensivo de absolvição. Dosimetria, regime de pena e substituição: A pena-base foi fixada no mínimo legal o que se mantém. Ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade, ficou mantida a pena-base na fase intermediária, vez que já fixada no mínimo legal. Na terceira fase, o sentenciante aumentou a pena em 1/6 em razão do disposto no artigo 40, VI, da Lei 11343/06, ficando a pena em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo. Todavia, o sentenciante equivocadamente negou o benefício do artigo 33, §4º, da Lei 11/343/06, por entender que o acusado não preenche os requisitos elencados no referido artigo, uma vez que seu envolvimento no tráfico é apontado pelos policiais militares como sendo de dedicação a atividades criminosas e integração na organização conhecida como Comando Vermelho. Ora, a atividade criminosa que se refere à legislação não pode ser relativa ao próprio tráfico, sob pena de nenhuma pessoa que venha a ser presa traficando ter direito ao aludido benefício. E, ademais, nem mesmo o envolvimento do acusado com qualquer organização criminosa restou comprovado nos autos. A aplicação do princípio da presunção de inocência nos remete à conclusão de que a acusação assume o ônus de provar a existência da investigação anterior que aponte o vínculo do acusado com organização criminosa ou o mesmo se dedique habitualmente às atividades criminosas. Sem tal comprovação, como no caso dos autos, assume o risco de ver reconhecida a possibilidade de aplicação de causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Desta forma, deve ser reconhecida e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, no seu máximo legal de 2/3 (dois terços), ficando a pena redimensionada em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro)

dias-multa, no valor unitário mínimo. Tendo em vista o redimensionamento da pena e a primariedade do apelante, o regime prisional passa ao aberto, nos termos do art. 33, §2º, "c", do Código Penal. Consolidada a sanção criminal cabível no patamar ora fixado, é devida a substituição da reprimenda corporal por medida alternativa à prisão, uma vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade, prevista nos artigos 44 e 33, §4º, ambos da Lei 11.343/06, além de ter sido suspensa a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 pela Resolução nº 05/2012 do Senado Federal. Assim, concede-se ao apelante a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução, pelo tempo remanescente da pena. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 26/09/2017

=====

[0168192-29.2016.8.19.0001](#) - APELAÇÃO – 1ª Ementa

Des(a). SUELY LOPES MAGALHÃES - Julgamento: 28/09/2017 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

Recurso de apelação. Condenação do apelante à pena de 08 (oito) anos de reclusão e 1200 (mil e duzentos) dias-multa, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, pela prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, da Lei 11.343/06. Irresignado, o apelante pleiteia em suas razões, preliminarmente, a inépcia da denúncia em relação ao delito de associação para o tráfico e, no mérito, sua absolvição das imputações por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pela aplicação, em seu patamar máximo, da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, fixando-se, por conseguinte, regime inicial aberto para cumprimento da pena, procedendo-se, ainda, à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O réu, com vontade livre e consciente, trazia consigo para fins de tráfico ilícito de entorpecentes 5,29 (cinco gramas e dois decigramas) de Cannabis Sativa L. (maconha), prensados de modo a formar um tablete envolto em plástico incolor tipo PVC e 9,3g (nove gramas e três decigramas) de cocaína em pó, distribuídos em 09 (nove) embalagens do tipo "Eppendorf", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme laudos de exame pericial em materiais entorpecentes. Além disso, consciente e voluntariamente, associou-se a outros elementos ainda não identificados para praticarem, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Registra-se, que durante patrulhamento policial na subida do Viaduto Negrão de Lima, próximo à Rua Oliveira Belo, em Madureira, os militares tiveram a atenção despertada por dois elementos em atitude suspeita em um conhecido ponto de venda de drogas. No decorrer da instrução, com a aproximação policial, o apelante dispensou uma bolsa de mão verde e empreendeu fuga, assim como o seu comparsa. Após perseguição os milicianos detiveram o réu, recuperando a bolsa contendo o material entorpecente, o valor de R\$ 86,00 (oitenta e seis) reais em espécie e um telefone celular. DA PRELIMINAR: rejeita-se a preliminar de inépcia da denúncia, ressaltando que a inicial acusatória atende aos requisitos exigidos pela lei, possibilitando a elucidação dos fatos e garantindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Segundo jurisprudência do STJ, com a superveniência de sentença penal condenatória, que considerou apta a denúncia e as provas suficientes para a condenação, restou superada a alegação de inépcia da denúncia, que não teria descrito, suficientemente, o fato delituoso e todas as suas circunstâncias. DO MÉRITO: Autoria e a materialidade restaram demonstradas da análise do acervo probatório. Delito de tráfico de entorpecentes configurado diante das circunstâncias que envolveram a prisão, quantidade,

natureza e forma de acondicionamento da droga. Ausência de prova da defesa a afastar a acusação. Aplicação da Súmula 70, do ETJERJ. Contudo, as informações constantes nos autos não demonstram, com a certeza necessária, que o apelante estava associado para a prática de tráfico de drogas. Inexistindo provas contundentes do vínculo associativo de caráter permanente e estável entre os agentes, não há que se falar em condenação pelo crime do artigo 35 da Lei 11.343/06. Absolvição com fulcro no artigo 386, VII do CPP. Regime de cumprimento da reprimenda que deve ser abrandado, diante da absolvição pelo delito de associação para o tráfico. Diante das circunstâncias do delito e em atenção ao § 4º do artigo 33 da Lei em comento, incabível a redução da pena como pretendido pela defesa. Rejeita-se ainda, o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando as peculiaridades do crime. O apenado não preenche os requisitos elencados no art. 44, I, do CP, não fazendo jus à substituição. Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido, oficiando-se à SEAP para que providencie a transferência do acusado para estabelecimento prisional compatível com o regime ora fixado, nos termos do aviso conjunto TJ/CGJ nº 08/13 e resolução CNJ nº 113/10 de igual modo, comunique-se à VEP, em atenção ao disposto no artigo 1º, parágrafo único, da resolução supracitada, conforme recomendação inserta no aviso TJ nº 57/2016.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 28/09/2017

=====

[0011119-31.2016.8.19.0021](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA - Julgamento: 26/09/2017 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO - Art. 33 caput e 35 caput ambos da Lei 11343/06, n/f do art. 69 do CP (crime de tráfico de entorpecentes: 05 anos de reclusão e 500 dias multa; crime de associação para o tráfico: 03 anos de reclusão e 700 dias- multa.) As penas somadas, na forma do art. 69 do CP, totalizaram: 08 anos de reclusão e 1200 dias multa, em regime inicial fechado. O apelante guardava, para fins de tráfico, 36,38 g de cocaína, em 145 pequenos tubos plásticos, e 222,4g de "maconha"., em 70 sacolés.E, ainda, estava associado com outras indivíduos ainda não identificados, mas todos integrantes da facção criminosa comando vermelho que atua na localidade, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o delito de tráfico ilícito de drogas. A diligência foi motivada pelas informações de populares de que no apontado endereço residia um dos integrantes do tráfico de drogas conhecido como "Magneto". Incabível o pleito de absolvição: Quanto ao crime do art. 33, caput, da Lei 11343/06: A materialidade e autoria restaram comprovadas pelo conjunto probatório. Depoimentos dos policiais militares são unânimes, firmes e harmônicos entre si, restando evidente os crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico. Súmula 70 do ETJERJ. Possuía e ocultava. As circunstâncias da prisão, a expressiva quantidade de maconha e cocaína e forma de acondicionamete evidenciam à destinação para o comércio ilícito. Quanto ao crime do art. 35, caput, da Lei 11.343/06: A prisão do apelante ocorreu em contexto que demonstra a associação com traficantes locais não identificados, sendo prescindível a habitualidade no comércio ilícito de entorpecentes. A operação policial foi motivada pelas informações fornecidas por populares de que naquela residência residia um dos integrantes do tráfico de drogas local, inclusive, tendo sido informado o nome e alcunha do apelante, conhecido como "Magneto". . O tipo do art. 35 da Lei 11.343 se trata de crime formal e intencional, de perigo abstrato, bastando, para a violação do tipo penal, que haja ânimo associativo entre os agentes, consubstanciado no firme acordo de vontades para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas. In casu, não restam dúvidas de que estava associado em caráter permanente e com estabilidade, pois não é crível que o ora apelante atuasse de

forma autônoma em local sob o domínio do Comando Vermelho. Não merece prosperar o pleito da aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da lei 11343/06 : Comprovado que o apelante se dedicava à atividade de tráfico de drogas, estando associado para fim de tráfico, o que não pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, resta impossível tal concessão. Ademais, o apelante foi condenado a pena superior a 04 anos de reclusão, não atendendo, desta forma , ao requisito previsto no inciso I, do art. 44 do Código Penal. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos: Embora seja possível em razão da Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, não houve o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal. Em se tratando de delito de tráfico equiparado a hediondo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável na presente hipótese. Não há falar em fixação de regime mais brando.: O regime fechado é o único compatível com o atuar do apelante, ante o que determina o § 1º do art. 2º da Lei 8072/90, com a nova redação dada pela Lei 11464/07. Mesmo agora que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90 (redação dada pela Lei nº 11464/07) (STF, Rel. Min. Dias Toffoli, HC 111840/12, julg. em 27.06.2012), deve ser levado em conta que a referida decisão, feita de maneira incidental, não gerou efeito erga omnes e não submete os órgãos jurisdicionais inferiores até expressa manifestação do Senado Federal, sob pena de violação ao comando contido no art. 52, X, da CRFB. Cabe o regime fechado, ainda, pelo quantum da pena nos moldes do art. 33, §2º, "b", do Código Penal. Quanto ao prequestionamento formulado pela Defesa: Mostra-se o prequestionamento injustificado, buscando-se somente abrir o acesso aos Tribunais Superiores, mas tal tentativa mostra-se de balde, porque ditos dispositivos não foram violados. Manutenção da sentença. - DESPROVIMENTO do RECURSO DEFENSIVO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 26/09/2017

=====

[0036197-56.2017.8.19.0000](#) - HABEAS CORPUS - 1ª Ementa

Des(a). GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 05/09/2017 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR, MODALIDADE PRISÃO PREVENTIVA POR CONVERSÃO, SEJA PELA SUA DESNECESSIDADE, SENDO O PACIENTE PRIMÁRIO, POSSUIDOR DE OCUPAÇÃO LÍCITA E RESIDÊNCIA FIXA; SEJA PELA FRAGILIDADE DOS SEUS FUNDAMENTOS OU MESMO PELA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE, EIS QUE POSSIVELMENTE FARÁ O PACIENTE JUS À CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, COM CONSEQUENTE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRAS, RESTRITIVAS DE DIREITOS, SENDO DESPROPORCIONAL O CÁRCERE CAUTELAR, POSTO QUE, SE CONDENADO, SE LIVRARÁ SOLTO. O paciente foi preso em flagrante no dia 23/05/2017 trazendo consigo 15,3 gramas de Cannabis sativa L, distribuídas em 11 invólucros plásticos transparentes. Os policiais noticiaram que, em patrulhamento de rotina, avistaram quatro indivíduos em atitude suspeita. Em revista pessoal, com o paciente foi arrecada a droga acima mencionada e, uma vez indagado, o paciente afirmou que estava vendendo drogas no local e os outros três disseram que estavam no local comprando drogas do paciente. Os policiais informaram que os três usuários estavam com os olhos muito avermelhados. O paciente, que estava em pleno ato de mercancia, afirmou aos policiais, ainda, que realizava tal conduta para adimplir com obrigações assumidas na boca de fumo local. A decisão conversora está fulcrada, notadamente, na garantia da ordem

pública e está devidamente motivada. Note-se que estamos diante de uma prisão em flagrante realizada à luz do dia, vale por afirmar, às 11:50h, tendo o paciente sido surpreendido com três usuários em pleno ato de mercancia. Inexiste outra medida, senão a prisão cautelar, apta a desestabilizar esse tipo de traficância. Ressalte-se que a decisão que decreta a prisão preventiva não precisa ser exaustivamente motivada, bastando o aponte de elemento concreto colhido dos autos, o que ocorreu. Precedentes do STJ. Ademais, primariedade, residência fixa e exercício de atividade laborativa lícita, por si sós, não inviabilizam a constrição provisória daquele que sofre a persecução penal instaurada pelo Estado, se presentes os motivos legais autorizadores da medida extrema restritiva, como se verifica na hipótese em apreço. Inexiste afronta ao Princípio da Homogeneidade, pois a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena e consequente substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos não passa de exercício de futurologia, mera probabilidade. É certo que a aplicação da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não é um direito líquido e certo do paciente, pois haverão de ser preenchidos os requisitos previstos no referido preceito legal e só com cotejo da prova se permitirá ao juízo a sua aplicação. O mesmo raciocínio deve ser utilizado para uma possível substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois além do requisito objetivo (quantidade de pena), há requisitos subjetivos a serem observados pelo sentenciante (art. 44, III, do CP), sendo prematura a afirmação de que o paciente possui direito subjetivo às referidas benesses legais. Permanecem hígidos, portanto, os motivos que ensejaram a medida excepcional, não sendo suficientes tampouco adequadas as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do CPP. Ademais, a AIJ está designada para data próxima, dia 20/09/2017, oportunidade em que o magistrado fisicamente próximo da prova que produzirá, poderá reavaliar a necessidade da manutenção da prisão. Constrangimento ilegal inócurre. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 05/09/2017

=====

[0030436-47.2015.8.19.0054](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). DENISE VACCARI MACHADO PAES - Julgamento: 03/08/2017 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 33 E 35 AMBOS DA LEI 11.343/06. ASSOCIAÇÃO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA - Inexiste comprovação dos requisitos exigidos para caracterização do crime de associação, inclusive, pela parcimônia das indagações que deveriam ter sido feitas pelos policiais ao recorrente com o fim de caracterizar a existência entre ele e traficantes da facção criminosa Comando Vermelho de uma sociedade delinquencial estável e permanente para a exploração do nefasto comércio de substância entorpecente, impondo-se a aplicação dos princípios do in dubio pro reo e da presunção da inocência, a justificar a absolvição do apelante pela prática do injusto penal do artigo 35 da Lei n.º 11.343/06. CRIME DE TRÁFICO. DECRETO CONDENATÓRIO ACERTADO - A autoria e a materialidade delitivas estão comprovadas através do robusto acervo de provas coligido aos autos, merecendo destaque a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de forma a afastar o pleito absolutório e a desclassificação para a conduta de uso de entorpecente. RESPOSTA PENAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - A aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da

República. Quanto à culpabilidade, conduta social e consequências valoradas para recrudescer a sanção, verifica-se a ausência de fundamentação na sentença apelada, em dissonância com o disposto na norma contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. E, em relação à personalidade do agente, desde já, faz-se alusão à lição do Professor Ricardo Augusto Schmitt, ao dizer que a expressão „personalidade voltada à prática delituosa; não deve ser usada nos julgados, pois estará se ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, a minguada da existência de sentença penal condenatória transitada em julgado que atribua ao agente a autoria em outra prática delituosa, poderemos, inclusive, estar incorrendo em bis in idem, ante a possibilidade de tal situação já ter sido valorada como maus antecedentes, ou até mesmo para configurar a circunstância agravante da reincidência, sendo importante importante consignar que o acusado ostenta três anotações criminais em sua Folha de Antecedentes Criminais (item 000157), uma em que foi absolvido (nº 1), outra referente aos autos sub judice (nº 2) e uma terceira referente a processo em andamento (nº 3), não havendo, assim, de sede falar em personalidade voltada para a prática de crimes, inclusive, sob pena de se estar reconhecendo de forma oblíqua os maus antecedentes do recorrente, contrariando o teor da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça, inviabilizando-se o recrudesimento da pena-base, o que a despeito do acertado reconhecimento da atenuante da menoridade de JONATAS, acaba por prejudicar a redução de sua reprimenda, na fase intermediária, em razão do teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. De outro giro, cabível a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, em sendo o recorrente primário e de bons antecedentes (FAC - item 000163), além de inexistir prova de que se dedique à atividades criminosas ou pertença a qualquer organização criminosa, tendo sido, inclusive, neste voto, absolvido do crime de associação para o fim de tráfico de drogas, além do fato de que o laudo pericial referente ao rádio comunicador apreendido é inconclusivo (item 000096), não afirmando se o mesmo estava em funcionamento, ou não, adotando-se, assim, o redutor intermediário ide (metade), diante da natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 7,3 g (sete gramas e três decigramas), de um cocaína, distribuído por 16 (dezesseis) pequenos frascos plásticos incolores e cilíndricos (eppendorfs) -, a ser cumprida no regime aberto, como disposto no artigo 33, § 2º, “c” do Código Penal, deferida a substituição da reprimenda, por uma restritiva de direitos, observado o instituto da detração, tudo com esteio na declaração de inconstitucionalidade incidental dos artigos 44 e 33, §4º, ambos da Lei 11.343/06 pelo Supremo Tribunal Federal (HC 97256/RS - Julgamento em 01/09/2010) e na suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" ínsita no citado texto de lei pela Resolução nº 05/2012 do Senado Federal. Precedentes do STJ e TJRJ. PREQUESTIONAMENTO - Não há de se falar na análise dos dispositivos apontados no apelo, ao considerar que toda a matéria foi - implícita ou explicitamente - enfrentada. Ademais, a jurisprudência das Cortes Superiores é firme, no sentido de que adotada uma diretriz decisória, deverão ser rechaçadas todas as argumentações jurídicas, ainda que estas sejam opostas à pretensão da defesa. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 03/08/2017

=====

[0013185-72.2015.8.19.0003](#) – APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). LUCIANO SILVA BARRETO - Julgamento: 27/07/2017 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DAS CONDUTAS MOLDADAS NOS ARTIGOS 33, CAPUT E 35, AMBOS DA LEI 11.343 /06, E 16, § ÚNICO, III, E 14, AMBOS DA LEI 10.826/03, NA FORMA DO ARTIGO 69, DO CÓDIGO PENAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA

DA PRETENSÃO PUNITIVA. APELANTE CONDENADO A 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO E 510 (QUINHENTOS E DEZ) DIAS-MULTA, NO REGIME INICIAL FECHADO. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, SOB O ARGUMENTO DE SER FRÁGIL A PROVA PRODUZIDA. SUBSIDIARIAMENTE, O RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO IV, DA LEI Nº 11.343/06, A INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS; A MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E, POR FIM, QUE LHE SEJA PERMITIDO APELAR EM LIBERDADE. DELITO DE TRÁFICO. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA DE QUE A DROGA ARRECADADA PERTENCIA AO APELANTE. ATO DE MERCANCIA NÃO OBSERVADO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, ESTREME DE DÚVIDA, DA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. PRESENÇA DE DÚVIDA QUE DEVE FAVORECER O AGENTE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. DELITO DA LEI DE ARMAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ARTEFATO EXPLOSIVO ARRECADADO NO INTERIOR DE UMA MOCHILA, NA RESIDÊNCIA ONDE SE ENCONTRAVA O APELANTE. PENA REDIMENSIONADA PARA 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA. MITIGAÇÃO DO REGIME PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREQUESTIONAMENTO. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO INSTITUTO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 27/07/2017

=====

[0026100-06.2013.8.19.0204](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). SIDNEY ROSA DA SILVA - Julgamento: 11/07/2017 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT C/C ARTIGO 40, INCISOS III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 1/6 NO TOCANTE À CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO, NOS EXATOS TERMOS DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº8.072/90. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELO DESPROVIDO. 1. Ré denunciada como incurso nas penas do artigo 33, caput c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº11.343/06, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, 01 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana. 2. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando nas razões que seja aplicado o percentual de 1/6 no tocante a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº11.343/06; a fixação do regime inicial fechado e, por fim, o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. DO APELO MINISTERIAL. Da aplicação do percentual de 1/6 no tocante a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.346/06. Mantida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.346/06 e, aplicação em seu grau máximo - 2/3. Tráfico privilegiado que recebe tratamento diferenciado daquele previsto no caput do art. 33 da Lei 11.343/06. Como se pode analisar do caso concreto, apesar de não ser uma quantidade insignificante, por outro lado, verdade que não se trata de grande quantidade. Em outras palavras, a quantidade apreendida não revela uma culpabilidade superior àquela encontrada na conduta de outros agentes acusados de tráfico de drogas. Ora, diante de todo o contexto fático e, verificando que a acusada não possui nenhuma outra anotação na sua folha de



antecedentes criminais, que não o referente a esse crime por ela praticado, tem-se atendido, nesse compasso, os requisitos legais da Lei de Drogas, impondo, portanto, a aplicação da fração equivalente a 2/3 (dois terços), segundo a autorização dada pelo teor do parágrafo 4º do artigo 33 da referida lei. Diz a norma do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 que: (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Por tais argumentos entendo por manter a fração correspondente a 2/3 (dois terços), em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição da pena, prevista no disposto do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, já que a acusada atende aos requisitos objetivos impostos pela norma e, mantendo também a substituição da pena privativa de liberdade imposta por pena restritiva de direitos, como estabelecido na r. sentença, ora guerreada. Da fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena. Quanto ao pleito ministerial de imposição do regime fechado, tem-se que o Excelso Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente, no HC nº 111.840 referente ao Tráfico de Drogas, a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, de crimes hediondos, tendo o Plenário daquela Corte reconhecido a impossibilidade da lei impor, aprioristicamente, regime de cumprimento mais gravoso, devendo-se analisar o caso concreto, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena e, sopesar se o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, semiaberto ou aberto. Diante do quantum de pena estabelecida na r. sentença e dos demais fundamentos esposados no corpo do presente, entendo que deva ser mantido para cumprimento inicial da pena o regime aberto, consoante os termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal. Do afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não me parece razoável que o tráfico privilegiado, cuja pena mínima é menor do que a pena mínima prevista para o furto qualificado ou para o porte de arma de uso permitido seja considerada em sua natureza como sendo um crime hediondo. Se o tráfico privilegiado se revestisse de gravidade para justificar a hediondez, o legislador com certeza não daria, como fez, vazão a tal disparidade na previsão quando da elaboração de sua sanção. Pondera-se, de igual modo, que a própria legislação vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas, como, por exemplo, aquela contida no artigo 33, parágrafo 4º, combinado com o artigo 42, ambos da Lei nº 11.343/06. Cabe, então, a sua fundamentação na assertiva da desnecessidade de valer para aquelas situações a imposição da pena na forma do caput do artigo 33, do mesmo diploma legal, uma vez que não se reconhece no agente do delito a condição de traficante contumaz, mas sim de mero passador eventual. Se assim o é, por que persistir a condição de hediondez também nessas hipóteses? Se a norma do artigo 44 abarcasse efetivamente o tráfico privilegiado, inegavelmente que existiria a indispensável obrigação de o legislador expressar nela a mesma vedação com que fez ao demais dispositivos. Diz o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, que: Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Certamente a intenção foi dar tratamento específico a um crime rigorosamente específico, isto é, o crime de tráfico privilegiado. Por outro lado, o Excelso Supremo Tribunal Federal assentou no Habeas Corpus nº 97.256/RS que são inconstitucionais os dispositivos da Nova Lei de Drogas, que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. A determinação da Corte limita-se a remover o óbice legal. Dessa maneira, quer seja por uma, quer seja por outra razão, assiste em ambas às vertentes, guardada à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos realizada pelo douto magistrado de piso. 5. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 11/07/2017

=====

[0416869-43.2015.8.19.0001](#) - APELAÇÃO 1ª Ementa

Des(a). CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR - Julgamento: 05/07/2017 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DEFESA QUE SE INSURGE REQUERENDO A ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS POR FALTA DE PROVAS E, SUBSIDIARIAMENTE, A APLICAÇÃO DA REDUÇÃO MÁXIMA DA PENA, PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, BEM COMO O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE E CONVERSÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO. O MINISTÉRIO PÚBLICO TAMBÉM INTERPÕE RECURSO DE APELAÇÃO, PUGNANDO PELA MAJORAÇÃO DAS PENAS-BASE E AFASTAMENTO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA, CONCEDIDA PARA O RÉU MARLON. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APELO MINISTERIAL PROVIDO. Do pedido da defesa de absolvição. A materialidade e a autoria delitivas de mercancia ilícita de substância entorpecente foram absolutamente comprovadas na hipótese dos autos, notadamente pelos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo e registro de ocorrência, auto de prisão em flagrante, termos de declaração, laudo prévio, laudo definitivo de exame de entorpecente, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da acusação. Foram apreendidos o total de 509g (quinhentos e nove gramas) de crack, distribuído em 2200 (dois mil e duzentos) pequenos sacos plásticos, que estava na posse dos acusados. Ao prestar depoimento em Juízo, sob o crivo do contraditório, os policiais militares responsáveis pela prisão, disseram que estavam em patrulhamento na comunidade do Jacarezinho, quando sentiram um forte odor de droga e ingressaram no conjunto residencial, diligenciando numa primeira casa, mas constataram que o cheiro vinha da residência onde os réus se encontravam e na qual estava com o aparelho de ar condicionado ligado. Narraram, os agentes da lei, que a porta do imóvel estava sem vidro e com um pano impedindo a visão e, ao baterem na porta, os indivíduos que lá se encontravam, disseram "Já vai, já vai", oportunidade em que puxaram o pano e viram um dos réus arremessar uma sacola pela janela e o outro caminhar na direção do banheiro, em poder de uma bolsa, contendo material entorpecente. Ressaltaram que conseguiram arrecadar, do lado do banheiro, num canto da cozinha, em local visível, parte do material entorpecente, e o restante na bolsa jogada para o lado de fora. Disseram, ainda, que o acusado Leandro admitiu a propriedade do material ilícito e afirmou que havia recebido cerca de R\$ 300,00 (trezentos reais) para guardá-lo, mas Marlon nada disse sobre a droga e apenas chorava. As testemunhas explicaram, ainda, que a casa em que estavam os suspeitos fica cerca de cem metros da linha do trem da Supervia e a apreensão de drogas naquela localidade é comum, porque fica perto das "cracolândias", localizadas próximas às estações de Triagem, Jacaré e Maria da Graça, e que, por se tratar de um ponto estratégico para venda e consumo de drogas, já houve diversas ocorrências deste tipo. Em seus interrogatórios, os apelantes negaram os fatos, aduzindo que os policiais ingressaram na residência de forma truculenta, dizendo que havia uma denúncia anônima de que a casa era utilizada para o tráfico de entorpecentes e que um dos militares retornou da laje com um saco contendo material entorpecente. Como assente na doutrina e na jurisprudência, a mera qualidade funcional das testemunhas não constitui, por si só, nenhum impedimento ou suspeição, não havendo, pois, motivo para se duvidar dos relatos dos agentes da lei. Nesse sentido, o Enunciado nº 70 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, in expressi

verbis: O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Importante ressaltar que a conduta criminosa imputada aos denunciados é típica do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, não reclamando, portanto, a pesquisa do dolo específico, bastando, como elemento subjetivo ou moral do injusto penal, o dolo genérico. O crime de tráfico é de perigo presumido ou abstrato e de ação múltipla ou conteúdo variado. São evidências do tráfico ilícito, reveladas pelas provas, natureza das substâncias apreendidas, circunstâncias da prisão, o local e a dinâmica da ação criminosa. Logo, diante do irrefutável conjunto fático probatório coligido nos autos, correto se mostra o juízo de reprovação, o que torna, pois, impossível a absolvição dos apelantes do delito previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, com base na ausência de provas, alegada pela defesa. Da pena-base. Assiste razão ao Parquet, ao requerer a majoração das penas-base dos acusados. As sanções iniciais foram fixadas no mínimo legal, por entender, o nobre Magistrado, que a culpabilidade, a conduta social, a personalidade dos agentes, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime não lhes são desfavoráveis. No entanto, na hipótese em testilha, foram apreendidos 509g de pedras de crack, prontas para a venda no varejo, o que justifica a elevação das penas na primeira fase. Como cediço, o estabelecimento da pena-base, nos crimes previstos na Lei 11.343/06, impõe a observância do disposto no artigo 42 da citada lei, além das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. Consoante a orientação da regra inserta na lei especial, quando a quantidade de entorpecente for expressiva e/ou a natureza da droga for excepcional ou diversa, a sanção inicial deve se afastar do mínimo legal. Da atenuante da menoridade. Sem razão a defesa técnica ao requerer a aplicação da atenuante da menoridade. E isso, porque, Marlon, nascido em 13/3/1994, contava com 21 (vinte e um anos) de idade na data dos fatos (9 de outubro de 2015), o que afasta a aplicação da atenuante. No que se refere ao réu Leandro, apenas por dever de informação, possuía ele 29 (vinte e nove) anos na data do delito, pois nascido em 23/4/1986. Da causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. De igual modo, merece acolhimento o pedido do Parquet de afastamento da causa de redução, no cálculo da pena de Marlon, aplicada na sentença. Embora a norma do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas estabeleça a possibilidade de diminuição de pena, fica ao critério do magistrado, ao analisar no caso concreto, se deve ou não aplicar a minorante. Para que o agente seja premiado com a causa obrigatória de redução, precisa ter um passado imaculado, vale dizer, deve atender cumulativamente às quatro diretivas legais, a saber: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Assim, somente se aplica o § 4º do art. 33 da Lei nº 11343/06 naquelas hipóteses de traficante ocasional. As provas dos autos revelam o envolvimento dos acusados com a mercancia de entorpecente, diante do material de apreendido na casa em que estavam os réus, que evidencia não se tratar de traficantes eventuais, o que impede a incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. In casu, os denunciados guardavam considerável quantidade de drogas e, segundo relato da testemunha de acusação, a residência, onde foram apreendidos o material entorpecente, fica próxima das "cracolândias", que existem no entorno das estações de trem da SuperVia, e a apreensão de drogas naquela localidade é recorrente. Por fim, a primariedade e a ausência de maus antecedentes do apelante Marlon, não autorizam, por si sós, a aplicação da causa de diminuição de pena, considerando as circunstâncias da prisão. Do cálculo das sanções. Na primeira fase, a quantidade de material entorpecente apreendido se mostra suficientemente elevada para justificar a majoração da reprimenda e, assim, estabeleço o patamar de 1/6 (um sexto) de aumento, fixando a sanção inicial de ambos os réus em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, à razão mínima legal. Restando esta pena definitiva para Marlon, por inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como de causas de aumento ou redução a serem consideradas. Presente a agravante da reincidência de Leandro,

eleva-se a sanção em 1/6 (um sexto), alcançando 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias multa, no valor unitário mínimo previsto em lei, que torno definitiva, à míngua de causas de aumento ou de redução. No caso em exame, mantém-se o regime semiaberto de Marlon, aplicado na sentença, ante a ausência de recurso ministerial. Já o regime fechado, estabelecido na sanção de Leandro, se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir. Da substituição da pena. Tendo em vista o quantum das reprimendas, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a vedação legal prevista no artigo 44, I, do Código Penal. DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 05/07/2017

=====

[0024662-60.2015.8.19.0046](#) - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - 1ª

Ementa

Des(a). ADRIANA LOPES MOUTINHO - Julgamento: 19/06/2017 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. VOTO VENCIDO NO SENTIDO DE QUE OS RECORRENTES SEJAM ABSOLVIDOS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E PELA APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS, COM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PPL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL AOS EMBARGOS. 1. A 2ª Câmara Criminal, julgando o recurso de apelação interposto por LEANDRO CONCEIÇÃO TOLEDO e RICARDO REIS MACHADO, ora Embargantes, em razão da sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Casimiro de Abriu, que CONDENOU o 1º Apelante (Leandro) à pena de 08 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado e 1200 (mil e duzentos) dias-multa no valor unitário mínimo e, o 2º Apelante (Ricardo) à sanção de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado e 1262 (mil duzentos e sessenta e dois) dias-multa, respectivamente, como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso do 2º Apelante (Ricardo), para fixar a resposta penal em 08(oito) anos de reclusão e 1200 dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença impugnada, vencido, em parte, o Desembargador Paulo de Tarso Neves (indexador 000424). 2. O objeto da divergência tem como pontos a absolvição dos Recorrentes do delito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/03, a incidência do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33 do citado Diploma Legal, a substituição da PPL por restritivas de direito com a fixação do regime aberto. Em apertada síntese, a maioria entendeu que o crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06 restou devidamente demonstrado nos autos pela prova produzida sob o crivo do contraditório, estribada nos válidos depoimentos prestados pelos policiais, conforme inteligência da Súmula nº 70, deste Tribunal, entendendo que os Recorrentes não fazem jus à incidência do disposto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, eis que se dedicavam a atividade criminosa, faltando-lhes, pois, os requisitos ali previstos. Também restou consignado, no voto condutor da decisão majoritária, que o quantum de pena aplicado é incompatível com a aplicação do artigo 44 do Código Penal e, ainda, que o regime prisional fechado se justifica por força de lei. 3. A tese consubstanciada no voto vencido, por sua vez, é no sentido de que não restou provada a existência de estabilidade ou permanência da associação para o tráfico de drogas, sendo aduzido que não basta a simples coautoria, transitória, esporádica, eventual com outros indivíduos ainda não

identificados e que se exige a prova da ocorrência de animus associativo, ou seja, o ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo de fato entre os agentes, verdadeira *societas sceleris*. Também restou consignado, no respeitável voto vencido, que as penas devem ser fixadas em seu patamar mínimo, já que os Réus são primários, ostentam bons antecedentes e a ínfima quantidade de drogas apreendidas. Sendo assim, o redutor previsto no artigo 33§4º da Lei 11.343/06, segundo o douto Voto vencido, é perfeitamente aplicável à espécie, assim como o regime aberto e a substituição da PPL por restritivas de direitos, ressaltando-se que o Senado Federal suspendeu a execução de uma das vedações contidas no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 (Resolução nº 5/2012) e o Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade do regime fechado previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

4. Primeiramente, registre-se que ambos os Embargantes foram condenados pelo delito do art. 33 da Lei nº 11.343, não havendo divergência a tal respeito. Conforme destacado no Voto vencedor, eis a mecânica do evento declinada pelo Policial André: "...que no dia de ontem estava em frente ao DPO; Que estava de plantão juntamente com seu colega Felipe; Que na frente do DPO abriu um estabelecimento, Que tinham informações que no bar estava havendo tráfico de entorpecentes; Que este bar funcionava até altas horas da madrugada, com poucos clientes e isto aumentava a suspeita de tráfico, pois reparavam que várias elementos utilizando motocicletas, paravam e saíam rapidamente do local; Que o bar fica cerca de 10 ( dez ) metros do DPO; Que então no dia de hoje ficaram do lado de fora do DPO , para ver se conseguiam identificar quem estava envolvido no tráfico; Que então por volta das 23:00 verificou que um elemento , que estavam fazendo a movimentação de entrar e sair do bar constantemente, sendo que (este elemento, ora chegava sozinho e pegava alguma coisa com o dono do bar, e outras vezes chegava com um carona e este entrava no bar e pegava alguma coisa com o dono do bar e sem consumir nada, saíam do local rapidamente; Que estas reiteradas entradas e saídas deste elemento, levando clientes para comprar possivelmente drogas, fizeram ficar alertas; Que então perceberam que ele neste horário, entrou no bar, pegou algo da mão do dono deste estabelecimento e colocou no- bolso da bermuda; Que ele estava segurando algo em uma das mãos; Que após sair do bar, este foi até a moto e tentou ligá-la, para sair do local; Que então este por não conseguir ligar a moto, tentou pegar carona em outra moto, mas o condutor da outra moto ao verificar que ia ser abordado, saiu do local rapidamente , deixando este elemento para trás; Que então ao perceberem todos movimento; Que então foram até o bar e abordaram o elemento, que estava fazendo o papel de estica; Que com este elemento foi encontrado a quantia de R\$ 10,0 reais em suas mãos e no bolso da bermuda dele, um sacolé de pó branco, Que então seu colega ao perceber que o dono do bar, ao ver a abordagem saiu correndo para os fundos do estabelecimento e encontrou o dono bar, enfiando a mão dentro do vaso sanitário e dando descarga;...; Que ao fazer um revista minuciosa no bar, encontrou uma sacolé de erva seca, embaixo do balcão; Que foi encontrado no bolso do proprietário do bar a quantia de R\$ 150,00 reais e outros R\$ 100,00 em uma bolsa, tipo pochete; Que o elemento que foi arrecado no bolso a droga, foi identificado como: Leandro Conceição Toledo e o proprietário chama-se Ricardo Reis Machado; Que então foi apresentado fato à Autoridade Policial..." No mesmo sentido as declarações do Policial Felipe. É evidente a associação entre os Embargantes para a prática do delito, cabendo a guarda da droga a um ( Ricardo) e a venda direta da droga a outro (Leandro). Por outro lado, segundo consta dos autos, a localidade onde os Réus foram presos é dominada pela facção criminosa denominada "Comando Vermelho", não havendo a possibilidade do comércio autônomo de drogas ali, sem que se esteja vinculado àquela organização criminosa, sendo, inclusive, apurada uma nítida divisão de tarefas entres os Acusados. Este Colegiado tem entendimento firme no sentido de que, para a configuração do crime de Associação para o Tráfico de Drogas, a lei não exige a identificação plena de todos os associados, bastando o conhecimento de sua existência. Com efeito, para o reconhecimento da associação entre criminosos é

suficiente que fique comprovada a existência de um elo ligando um criminoso ao outro, o que é perfeita e claramente visível no caso vertente. Ademais, a Lei 11.343/06, diversamente do que ocorria em relação a Lei 6368/76, não distingue quanto ao tipo de associação, ou seja, se de natureza eventual ou permanente, requerendo tão só a estabilidade. Assim, não há dúvidas quanto à configuração, na espécie, também do delito de Associação para o Tráfico de Drogas, conforme descrito no artigo 35 da Lei 11.343/06. 5. Quanto às penas, não há o que se retocar, considerando que as sanções finais no crime de tráfico repousaram no mínimo legal, sendo igualadas no acórdão impugnado, tendo o Relator entendido que não se justificava o incremento da pena-base em relação ao Embargante Ricardo. Por outro lado, não há de se falar, no caso vertente, da incidência do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, considerando que os Embargantes também foram condenados pelo crime de Associação para o Tráfico de Drogas, decisão mantida por este órgão fracionário. 6. No que tange ao regime fixado, contudo, verifica-se que o acórdão impugnado justificou a manutenção do regime fechado reportando-se, exclusivamente, ao disposto no artigo 2º§1º da Lei 8.072/90, o que não se sustenta atualmente. Isso porque o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - que determina, nos casos de crime hediondo, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade necessariamente no regime fechado - foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, em sessão de 27 de junho de 2012. Tal orientação vem norteando também as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, por força do disposto no artigo 33§2º, alínea "b", do Código Penal, impõe-se a fixação do regime semiaberto aos Embargantes, sendo certo que em razão do quantum final de pena aplicado, nos termos do artigo 69 do Código Penal, inviável se afigura a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, diante do disposto no artigo 44, I do citado Diploma Legal. 7. DADO PARCIAL PROVIMENTO aos Embargos Infringentes tão só para fixar o REGIME SEMIABERTO para início do cumprimento das penas.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 19/06/2017

=====

[0025189-60.2014.8.19.0203](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 15/04/2015 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO. ARTS. 33, CAPUT DA LEI 11.343/2006. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO. O PRIMEIRO PUGNANDO: A) A CONDENAÇÃO DO RÉU MAXWELL, TAMBÉM, PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI 11.343/2006, NOS TERMOS DA PEÇA EXORDIAL, ADUZINDO TER RESTADO DEMONSTRADO NOS AUTOS QUE O RÉU FAZIA PARTE DO COMÉRCIO DE DROGAS DA CIDADE DE DEUS, PELO FATO DE TER SIDO PRESO EM ÁREA DE DOMÍNIO DO COMANDO VERMELHO, NÃO HAVENDO COMO NÃO SE RECONHECER QUE O MESMO ESTAVA ASSOCIADO A MENCIONADA FACÇÃO CRIMINOSA, SUSTENTANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA MONOCRÁTICA, AO ARGUMENTO DE QUE AO INTERPRETAR AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS O JUIZ TERIA DESCONSIDERADO O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL INSERTO NO ART. 5º, XLIII DE COMBATE AO TRÁFICO TRANSNACIONAL E ORGANIZADO AFRONTANDO DIRETAMENTE DISPOSIÇÕES COM STATUS CONSTITUCIONAL (ART. 1º DO DECRETO Nº 5.015, DE 12.03.2004), O QUAL PROMULGOU A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL, E, AINDA OS ARTS. 2º, 3º E 5º DE ALUDIDO TRATADO; B) O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006, POIS ESTE VIOLARIA O ARTIGO 5º, INCISO XLIII DA CRFB/1988, QUE TRATA O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES EQUIPARADO A HEDIONDO. POR FIM, PREQUESTIONA TODA A MATÉRIA ARGUIDA

NO RECURSO. O SEGUNDO, DEFENSIVO, PLEITEANDO; A) A ABSOLVIÇÃO DO RÉU EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, POR ALEGADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE REQUER: B) A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3) DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI ANTIDROGAS; C) A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO, PARA O CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA; D) A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, POR RESTRITIVA DE DIREITO. POR FIM PREQUESTIONA TODA A MATÉRIA ARGUIDA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. Ab initio, convém gizar-se que, a norma do art. 35 da Lei 11343/2006, exige determinados requisitos para sua configuração. Em assim sendo, não pode a denúncia ser genérica e abstrata devendo descrever, com precisão, quais as condutas que caracterizam a participação ou contribuição de cada indivíduo na associação, especificando os fatos que demonstrem, o liame subjetivo entre os associados, bem como o status de durabilidade e estabilidade da mesma, com o desiderato de praticarem o comércio ilícito de drogas (especial fim de agir - dolo específico). É imperioso frisar que, em matéria de responsabilização penal, não viceja na seara probatória, as presunções (juris et de jure e juris tantum), assim como a presunção hominis, as conjecturas, as probabilidades, as possibilidades e as suposições, devendo a denúncia especificar, concretamente, todas as circunstâncias quanto aos fatos configuradores do delito de associação previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, com elementos indicadores da alegada associação, sob pena de ser tida como inepta, por violação ao comando do artigo 41 do CPP, ficando, ademais, a cargo do órgão acusador o ônus de provar sua existência, a teor da norma contida no art. 156, 1ª parte do mesmo pergaminho legal. Destarte, é contraproducente presumir-se (presunção hominis) a culpabilidade do réu baseando-se no fato de que se este foi abordado na posse de entorpecentes em localidade que seria dominada por facção criminosa, ipso facto seria à mesma associado. Por certo, prestigiar-se tal tese recursal ministerial, estar-se-á admitindo a responsabilidade penal objetiva com a desoneração do membro do Ministério Público de desincumbir-se de provar os fatos articulados na denúncia. Na hipótese dos autos, os policiais militares Willian da Silva Medeiros e Fabio de Almeida Ramalho, declararam que durante patrulhamento de rotina, perceberam que o ocupante de uma motocicleta, ao avistar a viatura policial, se evadiu, empreendendo fuga do local. Salientaram, os brigadianos, que cerca de meia hora depois, avistaram a referida moto parada na localidade conhecida como Pantanal. Relataram que neste momento o réu passava pelo outro lado da calçada, e ao perguntarem se o veículo era dele, o mesmo respondeu, com arrogância, que era sim, quando então resolveram abordá-lo e revistá-lo, encontrando em um dos bolsos um celular e a quantia de R\$ 300,00 e, no outro bolso, a droga apreendida, dando-lhe, então, voz de prisão, momento em que o acusado resistiu e fugiu, vindo a ser capturado alguns metros depois, na porta da sua casa, quando chamava pela mãe, que tentou impedir a prisão do filho. Asseveraram, ainda, os brigadianos, que não conheciam o acusado, que o mesmo não estava com rádio transmissor, e que não poderiam afirmar que na rua onde efetuaram a abordagem teria venda de drogas, mas sim próximo ao local. Observa-se, pois, que os depoimentos dos policiais militares nominados, não se mostram sólidos e seguros o bastante, de molde a evidenciar a existência do animus associativo, com caráter de estabilidade e permanência, necessários à configuração do crime de associação para o tráfico, sendo neste aspecto a prova fraca, insuficiente e inapta, afastando o juízo de certeza exigível à imposição de um édito condenatório em desfavor do réu, Maxwell Marques de Paula. Insta registrar que, não são bastantes um ou dois indícios para condenar-se pelo delito de associação ao tráfico. Ao reverso, faz-se mister um conjunto deles para tanto. Precedentes. De outro lado, não há que se cogitar de status constitucional da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15.11.2000, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29.05.2003, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12.03.2004. Com efeito, o Estado Brasileiro está dotado de moderníssimas

legislações, tanto contra o Crime Organizado (Lei nº 12.850, de 02.08.2013) como quanto contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Lei nº 11.343, de 23.08.2006), ambas as espécies legislativas em consonância com a Constituição da República, de 05.10.1988, e os Tratados (rectius: Convenções) citados, cujas normas não referentes a direitos e garantias humanos, não gozam de status constitucional, como quer fazer crer o órgão ministerial recorrente. Ao reverso, seu tratamento é de lei ordinária infraconstitucional, não podendo se sobrepor às normas de direito interno posteriores, sobre as mesmas matérias. Adoção pelo Brasil da doutrina monista, em sua vertente nacionalista. Precedentes do S.T.F. Diante do acima explanado, não há que se falar em afronta direta aos arts. 1º, 2º, 3º e 5º do Decreto nº 5.015, de 12.03.2004, e por via de consequência, em qualquer violação ao artigo 5º, inciso XLIII da CRFB/1988. No entanto, restou comprovado pelos coerentes e sólidos depoimentos dos policiais militares, Willian da Silva Medeiros e Fabio de Almeida Ramalho, que o apelante foi preso em flagrante na posse inequívoca de 30g (trinta gramas) de maconha distribuídos em 26 (vinte e seis) pequenos sacos plásticos incolores, 0,7g (sete decigramas) de cocaína distribuídos em 05 (cinco) pequenos sacos plásticos incolores, e ainda de posse de 0,15g (quinze decigramas) de cocaína (crack) distribuídos em 02 (dois) pequenos sacos plásticos incolores, evidenciam-se a comprovação de infringência ao tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11343/2006. Neste passo, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o depoimento de policial não deve ser desacreditado, tão-somente, pelo fato de no momento da prisão, estar atuando como agente da lei. No caso em tela, infere-se das provas carreadas aos autos, que estas não apontam o réu recorrente como integrante de organização criminosa, bem como ausente demonstração de que exerceria atividade criminosa como meio de vida, não havendo, portanto, razões suficientes para afastar-se a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. No concernente a arguição incidental de inconstitucionalidade do § 4º do artigo 33 da Lei 11.34/2006 por alegada afronta ao artigo 5º, inciso XLIII da C.R.F.B., ao argumento de que o crime de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo, desmerecendo, assim, qualquer benesse, esta, por certo deve ser arguida junto ao órgão competente e não perante este órgão fracionário, conforme dispõe o verbete de nº 10 da Súmula Vinculante do STF. Em relação a fração adotada pelo sentenciante monocrático em razão do referido redutor, 1/3(um terço), nenhum reparo há que ser feito, especialmente diante da diversidade e natureza da droga apreendida com o recorrente, "crack", afastando-se, assim, o pleito defensivo de fixação do mesmo em seu patamar máximo, 2/3(dois terços). No tocante à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, convém observar que o Senado Federal, em cumprimento ao disposto no inciso X, do art. 52 da Constituição da República, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" constante do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, via promulgação da Resolução nº 5, de 15.02.2012. No caso concreto, tem-se que o réu-apelante preenche tais requisitos. A uma, porque o delito do art. 33, caput, da Lei Antidrogas, embora equiparado a hediondo, não encerra violência ou grave ameaça à pessoa, bem como a quantidade de pena aplicada autoriza a conversão. A duas, porque, como visto, o recorrente é primário e, em tese, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal militam a favor do mesmo, conforme observado pelo próprio Juiz de piso, sendo certo que a gravidade abstrata do delito não se presta para a negativa da concessão do pretendido benefício. Por tais razões, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, conforme condições a serem estabelecidas pelo Juiz da Execução Penal. Por fim, no que tange ao regime de cumprimento da pena corporal, e diante da condenação às penas de 03(três) anos e 04(quatro) meses de reclusão e 333(trezentos e trinta e três) dias-multa, e, ainda, sendo que o artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal determina que "o condenado não reincidente, cuja pena



seja igual e/ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto", mostra-se adequado e suficiente a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena. Precedentes do S.T.F. Por fim, quanto às alegações de prequestionamento formuladas tanto pelo órgão do Parquet como pela Defesa, para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras "a", "b", "c" e "d" do art. 102 e inciso III, letras "a", "b" e "c" do art. 105 da C.R.F.B. e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral. APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDO O MINISTERIAL E PARCIALMENTE PROVIDO O DEFENSIVO, expedindo-se Alvará de Soltura em favor do réu nominado, se por al não estiver preso.

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 15/04/2015

=====

**Diretoria Geral de Comunicação e de Difusão do Conhecimento (DGCOM)  
Departamento de Gestão e Disseminação do Conhecimento (DECCO)**

Elaborado pela Equipe do Serviço de Pesquisa e Análise de Jurisprudência (SEPEJ)

Disponibilizado pela Equipe do Serviço de Captação e Estruturação do Conhecimento (SEESC) da  
**Divisão de Organização de Acervos do Conhecimento (DICAC)**

Para sugestões, elogios e críticas: [jurisprudencia@tjrj.jus.br](mailto:jurisprudencia@tjrj.jus.br)