



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

Ação Originária 0043415-79.2015.8.19.0203
Órgão; 1ª VARA CRIMINAL REGIONAL JACARAPAGUA
Magistrado: Dr. MARCO JOSE MATTOS COUTO
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
APELANTE : LUANDRE ANDRE DE FREITAS GOMES
APELANTE : SAMUEL ROBERTO NUNES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA (Ativo)
APELADO : OS MESMOS
Relator : Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL O JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JACAREPAGUÁ, ATRAVÉS DA SENTENÇA DE DOC. 00221, JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL DEDUZIDA NA DENÚNCIA PARA CONDENAR OS RÉUS ÀS PENAS DE 03 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 333 DM, PELO COMETIMENTO DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06, ABSOLVENDO-OS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCONFORMISMO DEFENSIVO E MINISTERIAL O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER A CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. JÁ A DEFESA PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, OU, SUBSIDIARIAMENTE, PELA APLICAÇÃO DO REDUTOR MÁXIMO PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06, ASSIM COMO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E A FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. DO RECURSO MINISTERIAL: QUANTO AO RECURSO MINISTERIAL, NÃO HÁ PROVAS CARACTERIZAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, DEVE SER COMPROVADO O VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS PARTICIPANTES

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

1



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

PROCESSO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

DA QUADRILHA, COM BASE EM PROVAS SEGURAS E CONCRETAS, E NÃO PRESUMIDO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS. DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06, NO CASO EM TELA, NÃO RESTARAM PROVADAS A ESTABILIDADE DO VÍNCULO EXISTENTE ENTRE E O APELANTE E OUTRAS PESSOAS QUE INTEGRARIAM A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, OU MESMO A EXISTÊNCIA DE OUTROS MEMBROS QUE INTEGRAM A SUPOSTA ASSOCIAÇÃO QUE, VALE LEMBRAR, É CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO DE PELO MENOS DOIS AGENTES, MOTIVO PELO QUAL DEVE O APELANTE SER ABSOLVIDO DA PRÁTICA DO REFERIDO DELITO, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. INEXISTE QUALQUER DÚVIDA ACERCA DA PRÁTICA, PELOS APELANTES, DO CRIME COM PREVISÃO NO ART. 33 DA LEI 11343/06, AS PROVAS DOS AUTOS, CONSUBSTANCIADAS NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, SOMADAS À QUANTIDADE DE DROGAS E ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, REALIZADA EM LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE VENDA DE DROGAS, NÃO DEIXAM DÚVIDAS DE QUE OS ENTORPECENTES APREENDIDOS COM OS RÉUS ERAM DESTINADOS À VENDA. É CABÍVEL A APLICAÇÃO DO REDUTOR MÁXIMO PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06, VERIFICADO QUE OS RÉUS SÃO PRIMÁRIOS, DE BONS ANTECEDENTES, NÃO HAVENDO PROVAS DE QUE SE DEDIQUEM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGREM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OS APELANTE PREENCHEM TODOS OS REQUISITOS LEGAIS, SENDO PRIMÁRIOS, SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS E, AO QUE TUDO INDICA, NÃO INTEGRA A CÚPULA DO COMÉRCIO LOCAL DE DROGAS, NÃO PODENDO TAL FATO SER PRESUMIDO EM SEU PREJUÍZO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREENCHIDOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL, RECURSOS CONHECIDOS , PARA NO MÉRITO DESPROVER O RECURSO MINISTERIAL , MANTENDO A ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES DO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11.343/06 E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E REDIMENSIONAR A REPRIMENDA DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 DOS APELANTES EM 1 ANO, 8 MESES, E 166 DIAS-MULTA SUBSTITUÍDA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO,

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

2





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal**

APelação Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

CONSISTENTES EM: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PELO MESMO PERÍODO DA PENA FIXADA, EM ENTIDADE E UM DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM ENTIDADE A SER ESTABELECIDA PELA VEP, ESTABELECENDO O REGIME ABERTO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS, MANTENDO-SE, NO MAIS, A R. SENTENÇA RECORRIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0043415-79.2015.8.19.0203, originários da 1ª Vara Criminal Comarca de Jacarepaguá com que são apelantes o Ministério Público, Luande André de Feritas Gomes e Samuel Roberto Nunes Cesário, e apelados o **OS MESMOS**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **conhecer dos recursos** para no mérito desprover o recurso ministerial, mantendo a absolvição dos apelantes do crime do art. 35 da Lei 11.343/06 e dar parcial **provimento ao recurso defensivo e redimensionar a reprimenda do art. 33 da Lei 11.343/06 dos apelantes** em 1 ano, 8 meses, e 166 dias-multa substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em: prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena fixada, em entidade e um de prestação pecuniária em entidade a ser estabelecida pela VEP, estabelecendo o regime aberto em caso de descumprimento das penas substitutivas, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2016.

Desembargador **SIRO DARLAN DE OLIVEIRA**
Relator

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

3



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

Ação Originária 0043415-79.2015.8.19.0203
Órgão; 1ª VARA CRIMINAL REGIONAL JACARAPAGUA
Magistrado: Dr. MARCO JOSE MATTOS COUTO
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
APELANTE : LUANDRE ANDRE DE FREITAS GOMES
APELANTE : SAMUEL ROBERTO NUNES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA (Ativo)
APELADO : OS MESMOS
Relator : Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

VOTO

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público em face de **LUANDRE ANDRE DE FREITAS GOMES** e **SAMUEL ROBERTO NUNES**, narrando os seguintes fatos descritos na denúncia de fls. 02-A/02-C:

(...)No dia 04 de outubro de 2015, os denunciados faziam parte da agremiação criminosa Comando Vermelho na função de vapor quando por volta das 19h00minh, na Avenida Cidade de Deus, 01, Bairro da Cidade de Deus, foram presos quando traziam consigo 26g (vinte e seis gramas) de cocaína, distribuídos em 82(oitenta e dois) pequenas embalagens de plástico rígido incolor em formato cilíndrico.

Policiais militares em patrulhamento de rotina em uma avenida que é conhecida como rota do

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

4



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

tráfico avistaram duas motos com dois indivíduos em cada uma em atitudes suspeitas, quando seguiram em perseguição.

Durante a perseguição dois indivíduos lograram êxito em fugir enquanto os denunciados perderam a direção da motocicleta colidindo com uma viatura da PMERJ momento em que foram capturados.

Ao realizarem a revista foram encontradas com os denuncia todas as drogas descritas acima.

Os acusados encontram-se associados entre si e ao Comando Vermelho, agremiação criminosa liderada por SAM, DECO, NENÉM e outros, que se encontram presos ou foragidos, atuando em nome e por conta dos líderes da associação, como "vapores" vendendo drogas que receberam de terceiros não identificados e repassando os lucros para os gerentes e chefes do tráfico.

Sendo de suma importância ressaltar que o denunciado Luandre já se encontra associado ao Comando Vermelho pelo menos desde outubro de 2014 quando foi preso pela primeira vez por associação ao tráfico, conforme fis. 13 e cópia de denúncia que anexamos aos autos nesta oportunidade.

Desta forma, em sendo objetiva e subjetivamente típicas as reprováveis condutas dos denunciados, não havendo ainda qualquer discriminante a justificá-las, encontram-se incursos nas sanções dos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual requer o MINISTÉRIO PÚBLICO as suas intimações para responder a presente ação penal, e depois de recebida a denúncia, venham a ser julgados e, regularmente, condenados..

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

5



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

APelação Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

A sentença de fls. 201/210 (documento 221) julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar LUANDRE ANDRE DE FREITAS GOMES e SAMUEL ROBERTO NUNES, pela prática do crime tipificado nos artigos 33 da Lei nº 11 aplicando-lhe a pena privativa de liberdade de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 333 DM, pelo cometimento do crime previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, absolvendo-os do crime de associação para o tráfico

Inconformados com a sentença, o Ministério Público e a defesa técnica interpuseram os presentes recursos de apelação (razões recursais doc. 00255 e 00289.

Requer o Parquet a condenação dos apelados na reprimenda do artigo 35 da Lei de Drogas

Já a defesa pugna pela absolvição dos apelantes em relação ao delito de tráfico de drogas, ou, subsidiariamente, pela aplicação do redutor máximo previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação de regime menos gravoso.

Contrarrazões da Defesa em documento 289 e do Ministério Público em documento 304 pugnam pelo conhecimento do recurso interposto e no mérito que seja negado provimento.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer de fls. 272/276, opinando pelo conhecimento dos recursos e desprovimento do recurso ministerial e provimento parcial do recurso defensivo.

Relatei, decido.

O recurso é conhecido, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade, tanto objetivos quanto subjetivos.

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

6



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

Trata-se de Ação Penal proposta pelo Ministério Público em face do Apelado como incurso às penas dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

A r. sentença, condenou os apelados no crime descrito no art.33 e absolveu o Apelado no delito previsto no art. 35, caput, do referido diploma legal,

Requer o representante Ministerial a reforma da sentença em prejuízo dos Apelados, pugnando pelo reconhecimento do “erro in judicando”, para condenar os Apelados na forma postulada na denúncia, pois de acordo com as razões de apelação, apresentadas pelo Ministério Público, restou provada a autoria e a materialidade do crime do art. 35

Não assiste razão ao Parquet.

01 – Do delito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico de drogas):

É pacífico na doutrina e jurisprudência que para a configuração do crime de associação para o tráfico é preciso que duas ou mais pessoas se associem de forma duradoura, não eventual. Assim entende Guilherme Nucci: *“Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de Carter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agente para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6368/765 é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum.”*(NUCCI Guilherme de Souza, leis penais e processuais penais comentadas, EDITORA Revista dos Tribunais, 1 edição, 2006, p. 785.)

De fato, a caracterização do injusto previsto no citado art. 35, caput da Lei 11.343/06 depende de provas contundentes sobre estar o

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

7



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

RECURSO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

agente previamente organizado em associação estável com outrem, possuindo ânimo de permanência e voltado à prática de crimes de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 do citado diploma legal, o que, no caso concreto, não restou provado.

Diante do conjunto de elementos constantes dos autos, não restou comprovado que os apelantes estivessem associados a outros agentes, para a prática de mercancia de entorpecentes, assim entendendo porque não pode a condenação estar estribada em presunções. Não existem provas suficientes do ânimo associativo estável que caracterize a existência do necessário *affectio societate* entre os apelantes entre si, com o Álvaro da Silva Lau Nogueira, ou outras pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o delito de tráfico de entorpecente, previsto no art. 33 da lei 11343/06.

A simples referência de que o apelante foi preso em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes não se presta a embasar um decreto condenatório, sendo de todo necessário que houvessem sido realizadas maiores diligências para a apuração de tão grave delito.

Para a caracterização da associação para o tráfico, o vínculo estável e permanente entre os participantes da quadrilha deve ser comprovado pelo Parquet, com base em provas seguras e concretas, e não presumido pelas circunstâncias, tais como a quantidade da droga, modo de acondicionamento da mesma, bem como o local e as circunstâncias em que foi apreendida.

Não há elemento de prova nos autos que possa caracterizar a estabilidade ou permanência da associação, razão pela qual a absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico imputado aos apelantes é o único caminho a ser seguido eis que ausente lastro probatório do conluio subjetivo prévio sob organização duradoura.

Em que pese a indicação pelos Policiais Militares de que o tráfico realizado na comunidade verificado não haver prova da associação do



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

ACÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

apelante com qualquer outro agente, constituindo contradição a condenação pelo crime de associação ao tráfico de entorpecentes.

O tipo penal previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 exige estabilidade e permanência da associação e dessa forma, simples concurso eventual de pessoas na prática do tráfico de drogas constitui fato atípico.

Na lição de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, a consumação de associação se dá com a formação da *societas criminis*, e se protai no tempo enquanto perdurar a reunião. *“É mister haja o dolo específico: associar para traficar. O crime de associação, como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores. Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual, configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração.”*(in Lei de Drogas Anotada, Lei nº 11.343/2006, Editora Saraiva, 2ª edição, 2008, pág. 128).

Note-se que não há nos autos meio de prova adequado a caracterizar o ajuste prévio e duradouro entre os apelantes, conforme indica o d. Magistrado sentenciante, não podendo se admitir que uma condenação seja baseada em mera suposição que tem por base regra de experiência comum, não confirmada em fatos concretos.

E não se trata aqui de deixar de emprestar credibilidade às declarações dos agentes policiais. O fato é que tais declarações, não obstante poderem ser tomadas como lastro probatório, não podem ser tidas como elemento de convicção suficiente para caracterizar estabilidade de uma associação, bem como o acordo prévio voltado para a prática de uma finalidade comum, que são os elementos subjetivos do art. 35 da Lei nº 11.343/06.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

Assim a condenação pelo delito de associação para o tráfico não pode ser preservada por força da inexistência de elementos de prova que possam demonstrar inequivocamente o vínculo estável e permanente entre os apelantes, ou com outro agente, para o fim de praticar tráfico de drogas.

Repise-se que não há prova segura de que os réus/apelantes efetivamente tenham praticado o delito de associação para o tráfico descrito na denúncia e na forma preconizada pelo i. Magistrado sentenciante. Cuida-se de conjectura que, que não se presta a sustentar um decreto condenatório.

Na hipótese dos autos, a prova oral colhida não se reveste da certeza necessária para ensejar uma condenação, porque existe a versão negatória dos fatos pelos recorrentes, ademais, no que tange à imputação do delito de associação para tráfico, tal se encontra isolada no contexto probatório.

O ônus da prova, no processo penal, em ação penal de iniciativa pública, em função do princípio de presunção de inocência, estatuído no art. 5º, inciso LVII, da CF, é exclusivamente do Ministério Público. Não cabe ao réu provar que não praticou o crime que lhe foi atribuído, porque a presunção constitucional é de que não praticou, mas ao Ministério Público demonstrar que a acusação é verdadeira, de modo a permitir a condenação do agente.

Somente a prova cabal, indubitosa, acerca da prática do crime, pelo agente, é apta a embasar um decreto condenatório.

De tal sorte, que diante da prova oral colhida em Juízo, não logrou a acusação em demonstrar a imputação do delito de associação para o tráfico que recaia sobre os apelantes na medida em que, segundo consta, não restou devidamente comprovado a estabilidade associativa e o acordo prévio voltado a prática delitativa do tráfico de drogas.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

ACÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

Com efeito, tal prova oral colhida nos autos sob o crivo do contraditório se mostrou insuficiente para comprovar qualquer associação estável, para o tráfico de drogas.

Não é outro o entendimento da d. Procuradora de Justiça, *in verbis*

“ Quanto ao recurso ministerial, temos que para a caracterização da associação para o tráfico deve ser comprovado o vínculo estável e permanente entre os participantes da quadrilha, com base em provas seguras e concretas, e não presumido pelas circunstâncias.

Assim, temos que o órgão de acusação não se desincumbiu adequadamente do ônus de demonstrar todos os elementos do tipo de associação, não havendo, nesse caso, outra solução senão a absolvição mediante a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, conforme operado na sentença ”

Assim, não havendo prova segura quanto à prática do delito de associação para o tráfico imputado aos apelantes e diante da ausência de provas quanto a vínculo estável e permanente entre os acusados ou outrem para o fim de praticar tráfico de drogas, afigura-se inafastável que seja mantida a r. sentença monocrática que absolveu os apelados no que tange à conduta descrita no art. 35 da Lei nº 11.343/06, com base no artigo 386, inciso VII do CPP, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

Impõem-se, no entanto a condenação do apelante quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, diante do conjunto probatório, porquanto provada nos autos, de forma convincente e segura, a destinação da droga apreendida, pronta e acondicionada para a venda.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

ACÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

A materialidade delitiva do crime previsto no art. 33, caput da Lei 11.343/06 restou evidenciada pelo laudo toxicológico definitivo de fl. 08 (documento 90), bem como pelos demais elementos de prova constantes dos autos, que não amparam a negativa dos apelantes na fase judicial.

Igualmente é certa a autoria, fundada nos testemunhos dos policiais que efetuaram a prisão, depoimentos prestados em juízo sob a garantia da ampla defesa e sob o crivo do contraditório, nada havendo que lhes retire a validade.

Nos processos referentes aos delitos da lei de tóxicos, via de regra, a prova oral se limita aos depoimentos dos policiais, sendo pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que tal tipo de testemunho é válido como qualquer outro.

Insta ressaltar inexistir qualquer dúvida acerca da prática, pelo apelante, do crime com previsão no art. 33 da Lei 11343/06, tanto que quanto à condenação pelo referido delito sequer houve insurgência.

Desta forma, o conjunto fático-probatório demonstra, à saciedade, a prática pelo apelante da conduta tipificada no art. 33, caput da Lei nº 11.343/06, falecendo razão ao recorrente ao sustentar a insuficiência de provas e postular a absolvição da imputação contida na exordial.

Não havendo mais questões de mérito a analisar, a condenação se mostrou correta.

Não há nos autos qualquer alegação de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, motivo pelo qual passo ao **exame da dosimetria da pena.**

Inicialmente deixo consignado que a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal é da discricionária apreciação do magistrado, o que não há de ser confundido

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

12



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

ACÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

com arbitrariedade. Deverá, então, o julgador pautar-se pela denominada discricionariedade regrada no momento da fixação da pena-base.

As regras delineadas no referido dispositivo é que vão nortear o julgador na concretização do princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal.

Entretanto, em que pese o brilhantismo jurídico do d. Magistrado sentenciante, a r. sentença monocrática merece reparo no que diz respeito à dosimetria da pena do acusado.

Com razão a Defesa quando aduz que merece reforma a sentença recorrida no tocante ao capítulo que deixa de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não obstante a presença dos requisitos objetivos e subjetivos no caso sub judice, por entender o magistrado a quo, que tal medida não seria recomendável, in casu, pois haveria verdadeiro "estímulo a criminalidade".

Ora, depreende-se da leitura da FAC de Luandre de fls. 64/67 (documento 75) e de Samuel de fls. 73 e 77 que os mesmos são primários e de bons antecedentes.

Da reprimenda de Luandre André de Freitas Gomes

Na 1ª fase a pena do acusado reputo que a pena foi corretamente aplicada no mínimo legal, sob fundamentando que o acusado não apresentava condenação transitada em julgado.

Deste modo, mantenho a pena do acusado no mínimo legal, para o crime do art.33 da Lei 11343/06 qual seja a pena base em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa

Na segunda FASE: Não existem atenuantes e/ou agravantes.

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

13



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

Na terceira fase o i. Magistrado sentenciante reconheceu a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas no patamar de 1/3.

É importante neste momento analisar a possibilidade de aplicação ao caso em comento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Dispõe o referido parágrafo:

“Art. 33.(....)

§ 1o ...

§ 2o

§ 3o ...

§ 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.

Diante dessa norma, sendo o réu primário, conforme já explicitado, é possível que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no citado dispositivo legal da Lei n.º 11.343/06.

Não comprovada na presente ação penal que o réu seja participante de facção criminosa, eis que absolvido do art. 35 da Lei 11.343/06

No entendo, que na causa especial de diminuição deva ser aplicada a redução na fração de 2/3 (dois terços), em virtude da quantidade de drogas apreendida 26 g de cocaína)

Fixo a pena final do apelante em 1 ano 8 meses e 166 dias multa

No que tange a substituição jurídico do d. MM Juízo a quo, a r. sentença monocrática também merece reparo, eis a pena

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

14



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

ACÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

privativa de liberdade a acima fixada pode ser substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em: prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena fixada, com carga horária de 07 horas semanais em entidade e um de prestação pecuniária em entidade a ser estabelecida pela VEP, estabelecendo o regime aberto em caso de descumprimento das penas substitutivas.

Da reprimenda de Samuel Roberto Nunes

Na 1ª fase a pena do acusado reputo que a pena foi corretamente aplicada no mínimo legal, sob fundamentando que o acusado é primário e de bons antecedentes.

Deste modo, mantenho a pena do acusado no mínimo legal, para o crime do art.33 da Lei 11343/06 qual seja a pena base em 05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa

Na segunda FASE: Não existem atenuantes e/ou agravantes.

Na terceira fase o i. Magistrado sentenciante reconheceu a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas no patamar de 1/3.

É importante neste momento analisar a possibilidade de aplicação ao caso em comento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Dispõe o referido parágrafo:

“Art. 33.(....)

§ 1o ...

§ 2o

§ 3o ...

§ 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

Secretaria da Sétima Câmara Criminal
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 107 – Lâmina IV
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-5007 – E-mail: 07ccri@tjrj.jus.br

15





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

AÇÃO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Diante dessa norma, sendo o réu primário, conforme já explicitado, é possível que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no citado dispositivo legal da Lei n.º 11.343/06.

Não comprovada na presente ação penal que o réu seja participante de facção criminosa, eis que absolvido do art. 35 da Lei 11.343/06

No entendo, que na causa especial de diminuição deva ser aplicada a redução na fração de 2/3 (dois terços), em virtude da quantidade de drogas apreendida 26 g de cocaína).

Fixo a pena final do apelante em 1 ano 8 meses e 166 dias multa

No que tange a substituição jurídico do d. MM Juízo a quo, a r. sentença monocrática também merece reparo, eis a pena privativa de liberdade a acima fixada pode ser substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em: prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena fixada, com carga horária de 07 horas semanais em entidade e um de prestação pecuniária em entidade a ser estabelecida pela VEP, estabelecendo o regime aberto em caso de descumprimento das penas substitutivas.

Não é outro o entendimento da D. Procuradora de Justiça Dra. Sílvia Liz Dell'Ome.

(...) Embora o réu LUANDRE ANDRE DE FREITAS GOMES conte com sentença condenatória por crime de tráfico de drogas, no processo nº 0046915-90.2014.8.19.0203, verifica-se no site deste Egrégio Tribunal que a decisão não transitou em julgado. Caso confirmada a condenação, caberá ao Juízo da VEP alterar



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

RECURSO Nº 0043415-79.2015.8.19.0203

o regime de cumprimento, após a unificação das penas, na forma do estabelecido no art. 111 da LEP.

Além do mais, a quantidade de entorpecente apreendido com os réus não impede a aplicação do redutor máximo pretendido pela defesa.

Cabível, igualmente, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que os réus preenchem os requisitos objetivos e subjetivos previstos na lei penal. (...).

Por todo o exposto, voto no sentido de **conhecer** dos recursos, para no mérito desprover o recurso ministerial, mantendo a absolvição dos apelantes do crime do art. 35 da Lei 11.343/06 e dar parcial **provimento ao recurso defensivo e redimensionar a reprimenda do art. 33 da Lei 11.343/06 dos apelantes** em 1 ano, 8 meses e 0 dia, e 166 dias-multa substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em: prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena fixada, em entidade e um de prestação pecuniária em entidade a ser estabelecida pela VEP, estabelecendo o regime aberto em caso de descumprimento das penas substitutivas, mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2016.

Desembargador **SIRO DARLAN DE OLIVEIRA**
Relator