



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 1

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO
APELANTE: VINICIUS DA SILVA ARAUJO
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA
APELADO: OS MESMOS
CORREPRESENTADO: P.H.M.DE O.J.
FILIAÇÃO: ALESSANDRA SOUSA MOREIRA
FILIAÇÃO: PAULO HENRIQUE MOURA DE OLIVEIRA
CORREPRESENTADO: V.DE C.DOS S.
FILIAÇÃO: LUCILENE DA SILVA DE CARVALHO
FILIAÇÃO: EDSON PEREIRA DOS SANTOS
CORREPRESENTADO: P.F.DE O.R.
FILIAÇÃO: MONICA ALEXANDRA DE OLIVEIRA RICARDO
FILIAÇÃO: FRANCISCO DE ASSIS DE REZENDE
RELATOR: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO
CAPITULAÇÃO: ARTIGO 33, CAPUT, C/C 40, IV, VI, E 35, CAPUT, C/C 40, IV, VI,
TODOS LEI 11.343/06, N/F 69, DO CP

ACÓRDÃO

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARMA DE FOGO. PRESENÇA DE MENORES. CONDENAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO PELO DELITO AUTÔNOMO DE PORTE DE ARMA DE FOGO. RECURSO DA DEFESA PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALTERNATIVAMENTE, PELO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, BEM COMO DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA PELO SENTENCIANTE EM RELAÇÃO AS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NOS INCISOS IV E VI DO ARTIGO 40 DA LEI DE DROGAS, REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PPL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. Materialidade e autoria comprovadas. Prova robusta que não suscita ambiguidade a respeito da prática do crime de tráfico de drogas pelo acusado. Análise conjugada dos elementos probatórios amealhados na persecução penal não deixam margem a dúvidas de que o réu, efetivamente, realizou um dos núcleos do tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Desnecessidade para a configuração do delito que o agente seja flagrado praticando ato de mercancia. Crime de ação múltipla e conteúdo variado, caracterizado o porte – trazer consigo - da droga, conduta ilícita



atribuída ao réu na denúncia. **Repelida a pretensão absolutória, quanto ao crime de tráfico de drogas.**

Por outro lado, da análise da r. decisão objurgada, verifica-se que não há motivos suficientes a sustentar a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35 da Lei n.º 11.343/06. Com efeito, segundo antevisto pelo legislador infraconstitucional, pratica o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 aquele que se associa a uma ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º, e art. 34, ambos do mesmo diploma legal. Conquanto a norma penal se refira à associação para a execução reiterada ou não de crimes, doutrina e jurisprudência têm exigido, para a caracterização do tipo em comento, a reunião estável com fins permanentemente ilícitos. Isso porque se o crime se caracterizasse com a mera reunião eventual de dois ou mais agentes, estar-se-ia punindo a coautoria como se delito autônomo fosse. O rotineiro e casual encontro de dois ou mais partícipes enredados em tráfico não pode definir uma situação de sociedade ou associação. O fundamental é a existência do vínculo associativo. E, em havendo esse vínculo, quer se trate de parceiros, ocasionais ou estáveis, avulsos ou permanentes, ligados pela identidade de causa e de fim, assumindo os contornos de uma clandestina sociedade, para dar vazão ao comércio de drogas, então poderá se considerar, na dinâmica dessa conduta, o crime autônomo de associação.

Nesse contexto, inexistindo elementos hábeis a demonstrar a estabilidade da suposta associação criminosa, tenho por não caracterizada a *societas sceleris*, devendo ser aplicado à hipótese o princípio *in dubio pro reo*, absolvendo-se o acusado da imputação do crime disposto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

Melhor sorte não socorre ao Ministério Público ao pleitear a condenação do acusado pelo crime autônomo do porte de arma de fogo, uma vez que a mesma, no contexto em que foi apreendida, decerto, teria destinação para, no mínimo, intimidar os policiais envolvidos nas operações realizadas para conter o tráfico, assim como, quanto aos demais itens apreendidos com o réu – munição, rádio comunicador - cuja finalidade elementar é garantir o sucesso do crime de tráfico de drogas ilícitas, alvo constante de represália policial, bem como de proteger os demais criminosos envolvidos na prática do injusto. É cediço que para a configuração da causa de aumento em detrimento ao reconhecimento de concurso material de crimes há a necessidade apenas de umnexo finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico, nexos este comprovado pelas circunstâncias em que foi efetuada a prisão em flagrante e apreensão do material. Ademais a



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 3

lei antidrogas traz regra especial para incluir sob o seu manto as condutas possíveis de serem enquadradas na utilização de armas de fogo na atividade do tráfico de entorpecentes, esclarecendo-se, por oportuno, que o verbo “empregar”, disposto no inciso IV do art. 40 Lei, deve, a meu sentir, ser interpretado extensivamente para albergar, como no caso dos autos, o depósito da arma de fogo.

Deste modo, **correta a emendatio libelli realizada pelo sentenciante, para reputar-se absorvido o delito previsto na Lei nº 10.826/03, pela causa especial de aumento de pena disposta no inciso IV do artigo 40 da Lei nº 11.343/06.**

Dosimetria merece reparos. Pena-base fixada no mínimo legal. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Mantida a fração de 2/5 pelas causas de aumento de pena reconhecidas no presente e previstas nos incisos IV e VI do artigo 40 da Lei de Drogas. Causas especiais ou genéricas de aumento ou de diminuição inexistentes. **Reconhecimento e aplicação da fração máxima de 2/3 da redutora inserta no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.** Pena final fixada em 02 anos e 04 meses de reclusão e 233 dias multa, à razão unitária mínima. Regime prisional aberto. Pena alternativa inviável em razão de o crime ter sido cometido com violência. **RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0128551-68.2015.8.19.0001, na qual figuram como Apelantes **VINICIUS DA SILVA ARAUJO e o MINISTÉRIO PÚBLICO** e como Apelados OS MESMOS, **A C O R D A M** os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA**, para absolver o réu da imputação do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, para aplicar da causa especial de diminuição de pena do delito de tráfico prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima de 2/3, ficando a pena final arrumada em 02 anos e 04 meses de reclusão e 233 dias multa, à razão unitária mínima, e para fixar o regime inicial de cumprimento da pena aberto, nos termos do Voto do Desembargador Relator. **Oficie-se à SEAP para que proceda à transferência do réu para unidade prisional compatível com o regime aberto.**

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.

Desembargador **JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO**
Relator



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 4

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO
APELANTE: VINICIUS DA SILVA ARAUJO
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA
APELADO: OS MESMOS
CORREPRESENTADO: P.H.M.DE O.J.
FILIAÇÃO: ALESSANDRA SOUSA MOREIRA
FILIAÇÃO: PAULO HENRIQUE MOURA DE OLIVEIRA
CORREPRESENTADO : V.DE C.DOS S.
FILIAÇÃO:LUCILENE DA SILVA DE CARVALHO
FILIAÇÃO: EDSON PEREIRA DOS SANTOS
CORREPRESENTADO : P.F.DE O.R.
FILIAÇÃO: MONICA ALEXANDRA DE OLIVEIRA RICARDO
FILIAÇÃO: FRANCISCO DE ASSIS DE REZENDE
RELATOR: DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO
CAPITULAÇÃO: ARTIGO 33, CAPUT, C/C 40, IV, VI, E 35, CAPUT, C/C 40, IV, VI,
TODOS LEI 11.343/06, N/F 69, DO CP

RELATÓRIO

VINICIUS DA SILVA ARAUJO foi denunciado pela prática do crime descritos nos artigos 33, caput c/c 40, IV e VI; 35 c/c 40, IV e VI, todos da Lei nº 11.343/06; 16, caput da Lei nº 10.826/03 e 244-9 (três vezes) da Lei nº 8069/190, tudo em cúmulo material, porque, segundo consta da denúncia:

“No dia 01 de abril de 2015, por volta de 9h, na Avenida Brasil, altura do número 21794, na Comunidade Ethernit, no bairro Guadalupe, nesta cidade, o denunciado, de forma livre e consciente e em manifesta comunhão de ações e desígnios com os adolescentes infratores Paulo Henrique Moura de Oliveira Junior, Vinicius de Carvalho dos Santos e Pedro Francisco de Oliveira de Rezende, trazia consigo, numa mochila, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico ilícito, 23g (vinte e três gramas) de material pulverulento de cor branca, distribuído em 68 (sessenta e oito) embalagens compostas por sacos plásticos incolores, fechados por nó dos próprios sacos, tudo da substância entorpecente denominada Cocaína; e de modo compartilhado, 87g (oitenta e sete gramas) de material pulverulento de cor branca, dos quais 5g (cinco gramas) distribuídos em 15 (quinze) embalagens compostas por tubos plásticos incolores fechados por pressão, no interior de sacos plásticos incolores, fechados por nós dos próprios sacos, 14g (quatorze gramas) distribuídos em 51 (cinquenta e uma) embalagens compostas por



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 5

sacos plásticos incolores, fechados por nós dos próprios sacos e 68g (sessenta e oito gramas) em 127 (cento e vinte e sete) embalagens compostas por tubos plásticos incolores fechados por pressão, no interior de sacos plásticos incolores, fechados por nós dos próprios sacos e parcialmente envoltos em fita adesiva branca com a Inscrição "+ Adrenalina de R\$ 10,00 Terra B.13 Etemit M.D.O A.D.A", tudo da substância entorpecente denominada Cocaína, e 73g (setenta e três gramas) de erva seca, picada e prensada, distribuída em 37 (trinta e sete) embalagens compostas por retalhos plásticos incolores envolvendo a erva, no interior de sacos plásticos incolores, fechados por nó do próprio saco, tudo da substância entorpecente denominada Cannabis sativa L. (maconha).

Na ocasião dos fatos, policiais militares iniciaram incursão na Comunidade Ethernit, área dominada pela facção criminosa Amigos Dos Amigos, a fim de reprimir o tráfico de drogas na região. Os policiais Rodrigo e Moreira seguiram por um dos acessos da comunidade, localizada na Avenida Brasil, na altura do número 21794, Guadalupe, sentido Campo Grande. Os policiais Fabiano e Marcelo, por seu turno, entraram pelo acesso situado na Rua Serinhaem, altura do número 356, próximo a linha do trem. Os policiais ouviram disparos de armas de fogo e, em seguida, avistaram um grupo, que contava com alguns indivíduos armados e na posse de mochilas, que correu ao perceber a guarnição se aproximar e os policiais, de imediato, iniciaram perseguição. Os policiais militares Marcelo e Fabiano perseguiram três indivíduos, entre os quais dois menores de idade e o denunciado, que, durante a fuga, pularam os muros de algumas residências. Os três foram encontrados nos fundos do quintal de uma casa, escondidos, ocasião em que se deu a captura. Com o denunciado, foi encontrada uma pistola calibre 9 milímetros com 7 munições intactas. O adolescente Vinicius de Carvalho estava de posse de uma mochila contendo "sacolés" com pó branco e R\$ 15,00 (quinze reais) em espécie e o adolescente Pedro Francisco portava um saco contendo erva seca picada e um radiotransmissor. Os policiais Rodrigo e Moreira perseguiram outro adolescente, Paulo Henrique, que efetuou diversos disparos contra a guarnição. Os policiais, entretanto, não revidaram a injusta agressão e capturaram o menor em uma "boca de fumo", na Rua Faixa Transmissão, em frente ao número 24, de posse de uma pistola calibre 9 milímetros com 4 munições, uma mochila contendo certa quantidade de pó branco e R\$ 38,00 (trinta e oito reais) em espécie. Os quatro policiais se encontraram na saída da comunidade.



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 6

O local e as peculiares circunstâncias da prisão, o dinheiro apreendido, a quantidade e variedade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos, aliados à inscrição constante das drogas apreendidas, indicam que, em local e data que não se pode precisar até a data acima discriminada, no local da prisão, o denunciado, de forma livre e consciente, associou-se e manteve-se associado aos adolescentes infratores Paulo Henrique Moura de Oliveira Junior, Vinicius de Carvalho dos Santos e Pedro Francisco de Oliveira Rezende, de forma estável e permanente, para a prática reiterada de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes na Comunidade Ethernit. O denunciado exercia a função precípua de vendedor e os comparsas mirins as funções precípuas de informante e vendedor.

Os crimes acima descritos foram perpetrados mediante o emprego de armas de fogo e mediante o envolvimento dos adolescentes infratores Paulo Henrique Moura de Oliveira Junior, Vinicius de Carvalho dos Santos e Pedro Francisco de Oliveira Rezende.

Nas mesmas circunstâncias de dia, hora e local, o denunciado, de forma livre e consciente e em manifesta comunhão de ações e desígnios com os adolescentes infratores, portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma pistola calibre 9 mm, com numeração de série não informada e municada com sete cartuchos do mesmo calibre e, de forma livre e consciente, perverteu, moralmente, os adolescentes infratores Paulo Henrique Moura de Oliveira Junior, Vinicius de Carvalho dos Santos e Pedro Francisco de Oliveira Rezende, já que com estes perpetrou o crime de porte compartilhado ilegal de arma de fogo.

Os crimes foram perpetrados com desígnios distintos.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas iras dos artigos 33, caput c/c 40, IV e VI; 35 c/c 40, IV e VI, todos da Lei nº 11.343/06; 16, caput da Lei nº 10.826/03 e 244-B (três vezes) da Lei nº 8069/190, tudo em cúmulo material.”

Acompanham a denúncia o Auto de Prisão em Flagrante (pasta 08); Registro de Ocorrência e aditamento (pastas 38 e 48); Auto de Apreensão de armas de fogo e munições (pasta 26); além de outros documentos.

Conversão da prisão em flagrante em preventiva (pasta 82).

Recebimento da denúncia (pasta 90).

FAC do acusado contendo somente o registro deste feito (pasta 96).



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 7

Defesa prévia (pasta 104).

Cópia da Representação oferecida pelo MP em face dos menores apreendidos com o acusado, termos de oitiva dos adolescentes e assentada (pastas 107/117).

Laudo de exame de descrição de material - carregadores (pasta 143/144).

Laudos de exame de entorpecente atestando tratar-se de cocaína e maconha o material apreendido (pasta 168).

Laudo de exame retificador em arma de fogo e munições (pasta 182).

Audiência de Instrução e Julgamento em 24/08/2015, quando foram ouvidas 04 testemunhas e, após, interrogado o acusado (pasta 195).

Alegações finais do MP pela condenação nos termos da denúncia (pasta 205).

Alegações finais da defesa pela absolvição do acusado quanto aos crimes imputados na denúncia. Alternativamente, requer o afastamento dos delitos do artigo 16 da Lei 10826/03 e do artigo 244-B do ECA, de forma que prevaleça as causas de aumento de pena, a fixação da pena no patamar mínimo legal aplicando a causa de diminuição de pena prevista no art. 33 §4º da Lei de Drogas no máximo legal, fixando-se o regime aberto para cumprimento de pena e substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (pasta 212).

Na r. sentença, o juízo *a quo* **JULGOU PROCEDENTE EM PARTE** a pretensão punitiva para **condenar o acusado nas penas dos artigos 33, caput, c/c 40, IV e VI e 35, caput, c/c 40, IV e VI, todos da lei 11.343/2006, n/f do artigo 69 do Código Penal**, e para **absolver o acusado das imputações postas nos artigos 16 da Lei 10.826/03 e 244-B (por três vezes), da Lei 8069/90** (pasta 221).

- Na dosagem da pena, a julgadora de piso assim ponderou:

“I - Quanto ao crime do art. 33, caput, c/c 40, IV da Lei 11.343/06.

Atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, não existem razões para fixar a pena-base além do mínimo legal, razão pela qual fixo a pena em 5 (cinco) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (quinhentos) DIAS-MULTA.



Na segunda fase de aplicação da pena não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem aplicadas ao caso.

*Na terceira fase de aplicação da pena, em razão da presença de duas causas de aumento postas no art. 40, IV e VI da Lei 11.343/06, exaspero a pena fixada em 2/5 (dois) quintos. Destaco a razoabilidade da sanção aplicada diante da maior reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu, o que traduz verdadeiro risco social e direto. Não só se fez acompanhar de menores, o que aponta o risco social e pessoal, bem como empregou arma para a garantia do sucesso da empreitada criminosa, o que revela risco direto à incolumidade pública de toda a comunidade. Assim, resta a pena acomodada em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. **(parágrafo com erro material corrigido por decisão de pasta 239)***

II — Quanto ao crime do art. 35 c/c 40, IV da Lei 11.343/06.

Atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal, não existem razões para fixar a pena-base além do mínimo legal, razão pela qual fixo a pena em 3 (três) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (setecentos) DIAS-MULTA.

Na segunda fase de aplicação da pena não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem aplicadas ao caso.

Na terceira fase de aplicação da pena, em razão da presença de duas causas de aumento postas no art. 40, IV e VI da Lei 11.343/06, exaspero a pena fixada em 2/5 (dois) quintos. Destaco a razoabilidade da sanção aplicada diante da maior reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu, o que traduz verdadeiro risco social e direto. Não só se fez acompanhar de menores, o que aponta o risco social e pessoal, bem como empregou arma para a garantia do sucesso da empreitada criminosa, o que revela risco direto à incolumidade pública de toda a comunidade. Assim, resta a pena acomodada em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e (sete) anos de reclusão e 980 (novecentos e oitenta) dias-multa.

III — DO CONCURSO DE CRIMES

Diante do concurso material de crimes forçoso é o somatório das penas. Destarte, resta a pena final em 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 1680 (um mil, seiscentos e



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 9

oitenta) dias-multa à razão unitária mínima nos termos do artigo 49 do Código Penal c./c artigo 43 da Lei 11.343/2006."

O regime inicial fixado para cumprimento da pena foi o fechado.

O réu foi condenado ao pagamento das custas processuais.

Manifestação do MP pela correção de erro material na sentença (pasta 236).

Recurso interposto pela acusação (pasta 238).

Recebimento do recurso em pasta 239. Na mesma oportunidade a magistrada de piso corrigiu o erro material apontado devendo o parágrafo passar a constar com a seguinte redação:

"...Na terceira fase de aplicação da pena, em razão da presença de duas causas de aumento postas no Art. 40, IV e VI, da Lei 11.343/2006, exaspero a pena fixada em 2/5 (dois quintos). Destaco a razoabilidade da sanção aplicada diante da maior reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu, o que traduz verdadeiro risco social e direto. Não só se fez acompanhar de menor o que aponta o risco social e pessoal, bem como empregou arma para a garantia do sucesso da empreitada criminosa, o que revela risco direto à incolumidade pública de toda a comunidade. Assim, resta pena acomodada em 04 (quatro) anos, 02 dois meses e 12 (doze) dias de reclusão..."

Razões de Apelação do MP (pasta 246) pugnando pela condenação do réu nas iras do artigo 16, caput, da Lei 10.826/2003.

Intimado, o réu manifestou o desejo de recorrer da sentença (pasta 253).

Recebimento do recurso do acusado (pasta 260).

Razões da defesa, em pasta 262, pela absolvição do réu da imputação de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, com base no artigo 386, VII, do Código Penal, sustentando insuficiência de provas. Alternativamente, requer: a) Na 3ª fase da dosimetria da pena dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, diminuir o *quantum* de aumento, de 2/5 (dois quintos) para o mínimo 1/6 (um sexto); b) A aplicação da causa especial de diminuição de pena do delito de tráfico prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima de 2/3; c) A fixação de eventual regime inicial de cumprimento da pena como aberto; d) A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 10

Contrarrazões da acusação pelo desprovimento do recurso defensivo (pasta 286).

Distribuídos a mim, verifiquei que não foram apresentadas contrarrazões pela defesa, determinando fosse oficiado a DP atuante no Juízo de primeiro grau (pasta 300).

Contrarrazões da defesa pelo desprovimento do recurso ministerial (pasta 307)

Manifestação da Procuradora de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Carlos Antônio da Silva Navega, no sentido do desprovimento do apelo defensivo e provimento do apelo ministerial (pasta 318).

É o breve relatório, que encaminhei à revisão.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Colhe-se dos autos que o réu foi denunciado como incurso nas iras dos artigos 33, caput c/c 40, IV e VI; 35 c/c 40, IV e VI, todos da Lei nº 11.343/06; 16, caput da Lei nº 10.826/03 e 244-B (três vezes) da Lei nº 8069/90, tudo em cúmulo material. Após a instrução, o acusado restou condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput, c/c 40, IV e VI e 35, caput, c/c 40, IV e VI, todos da lei 11.343/2006, n/f do artigo 69 do Código Penal, e absolvido das imputações postas nos artigos 16 da Lei 10.826/03 e 244-B (por três vezes), da Lei 8069/90.

Inconformado, o MP recorre objetivando seja o acusado condenado pelo delito autônomo do porte ilegal de arma de fogo.

Por seu turno, a defesa apela objetivando a absolvição do acusado, por insuficiência de provas quanto ao delito de tráfico de drogas e de associação para o tráfico. Em tese subsidiária, pugna pela redução da fração de aumento de pena para 1/6, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 na fração de 2/3, fixação do regime aberto (art. 33 do CP) e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

Ausente questão prejudicial ou vício na prestação jurisdicional a enfrentar, passo ao exame do mérito.



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

FI. 11

A materialidade está comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (pasta 08), Registro de Ocorrência e aditamento (pastas 38 e 48), Auto de Apreensão de armas de fogo e munições (pasta 26), Laudo de exame de descrição de material - carregadores (pasta 143/144), Laudos de exame de entorpecente atestando tratar-se de cocaína e maconha o material apreendido (pasta 168) e Laudo de exame retificador em arma de fogo e munições (pasta 182).

Noutro viés, a autoria delitiva em questão confirmou-se inexoravelmente ao cabo da instrução criminal. De efeito, os relatos das testemunhas de acusação, policiais militares responsáveis pela abordagem, apreensão e prisão em flagrante do acusado, não deixam dúvida a respeito da atividade criminosa de tráfico de drogas desempenhada. Isso porque apresentam versão coesa e transmitem segurança que dá fidedignidade aos relatos, predicados ínsitos da testemunha que efetivamente presenciou os acontecimentos, sem contrapontos ou divergências.

Confira:

O **policia militar Fabiano Garcia da Silva**, em juízo, declarou reconhecer o réu. Afirmou que quando da prisão foi a primeira vez que o viu. Narra que no dia dos fatos, foi ordenada a realização de uma operação. Aduz que duas as equipes adentraram à comunidade por vias diversas. Aduz que ao ingressar na comunidade, foram ouvidos disparos de arma de fogo. Assevera que estava em companhia do Policial Militar, o Sargento Marcelo. Assevera que presenciaram três indivíduos correndo que adentraram em uma casa abandona. Assevera que depois ficaram cientes que o tráfico local matou o morador para assim, fazer da casa um ponto de observação. Narra que os três homens pularam o muro de tal casa para outra. Narra que um dos policiais subiu em um muro e pôde ver os três indivíduos, no interior do terreno de tal casa. Narra que chamaram a moradora e lá entraram. Afirma que quando da abordagem, nada foi encontrado em poder dos réus. Afirma que fizeram buscas no interior da residência e lá apreenderam uma arma, uma mochila e um rádio transmissor. Afirma que o Sargento Marcelo encontrou a arma e a mochila, na qual estavam as drogas, embaixo de umas roupas, pedaços de tecido. Afirmou ainda, que a proprietária da casa trabalhava como costureira.

O **policia militar Claudio Marcelo Rodrigues**, em juízo, declarou reconhecer o réu. Afirmou que na data dos fatos houve uma operação para reprimir o tráfico de drogas. Narra que uma das equipes adentrou a comunidade pela Avenida Brasil, a outra equipe formada pelo declarante e pelo Sargento Fabiano ingressou através da linha do trem. Narra que foram ouvidos tiros e que indivíduos vieram em suas direções, um deles o réu. Narra que o réu parecia portar uma arma de fogo em suas mãos. Afirma que presenciaram o réu e mais dois menores de idade pular o muro de uma casa abandonada e depois, para outra. Narra que avistou o réu e dois menores escondidos em um canto do quintal. Afirma que fizeram uma busca no interior da casa e encontraram, perto de uns pedaços de



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 12

pano, um rádio transmissor, uma arma municiada e uma mochila com drogas. Afirma que o acusado e os menores de idade negaram ter algo com o acontecido, entretanto, de nada adiantou uma vez que foram reconhecidos. Afirma que um terceiro menor foi apreendido por outra equipe. Assevera que no momento em que ingressaram na comunidade outros estavam lá e conseguiram fugir. Narra que na Delegacia um dos indivíduos disse ser "vapor", o outro "radinho" e o terceiro "segurança". Afirma que o local é dominado pela facção criminosa ADA — Amigos dos Amigos.

Os policiais militares Luciano e Rodrigo foram os responsáveis pela apreensão de um menor e afirmaram terem ouvido tiros quando do ingresso na comunidade.

A par disso, de início, o acusado tentou eximir-se da responsabilidade negando qualquer participação no crime. Disse que ouviu tiros e correu para uma casa. Que os policiais militares entraram nesta casa e encontraram arma e rádio.

Somem-se ainda as declarações dos menores ouvidos perante o Juízo da Vara da Infância e Juventude. Paulo Henrique informou que Vinícius, Pedro e Francisco são envolvidos com o tráfico de drogas o qual, na comunidade é dominado pela ADA. Pedro, por sua vez, narrou que estava em companhia do réu e de Vinicius de Carvalho. Afirmou trabalhar como radinho. Vinícius de Carvalho, por fim declarou que trabalhava como "vapor" e que estava em companhia do réu e de Pedro Francisco quando da abordagem feita pelos policiais.

Diante de tais argumentos é forçoso concluir que a análise conjugada dos elementos probatórios amealhados na persecução penal não deixam margem a dúvidas de que o réu, efetivamente, realizou um dos núcleos do tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Vale pontuar ser desnecessária para a configuração do delito que o agente seja flagrado praticando ato de mercancia, pois se trata de crime de ação múltipla e conteúdo variado, restando assinalado que a atuação criminosa pode ser realizada não só com a venda da droga, mas também com o porte – trazer consigo -, ação essa atribuída ao réu na denúncia.

Destarte, delineados os tópicos quanto à legalidade da prova e materialidade do delito, a autoria, da mesma forma, restou irrefutavelmente demonstrada, configurando a prática do crime de tráfico de entorpecentes pelo qual o réu foi condenado. **Rechaça-se, pois, a pretensão absolutória do crime previsto no art. 33 caput da Lei n.º 11.343/06.**



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 13

Por outro lado, da análise da r. decisão objurgada, verifica-se que não há motivos suficientes a sustentar a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35 da Lei n.º 11.343/06.

Com efeito, segundo antevisto pelo legislador infraconstitucional, pratica o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 aquele que se associa a uma ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º, e art. 34, ambos do mesmo diploma legal.

Conquanto a norma penal se refira à associação para a execução reiterada ou não de crimes, doutrina e jurisprudência têm exigido, para a caracterização do tipo em comento, a reunião estável com fins permanentemente ilícitos.

Isso porque se o crime se caracterizasse com a mera reunião eventual de dois ou mais agentes, estar-se-ia punindo a coautoria como se delito autônomo fosse.

Logo, forçoso concluir que o crime tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 demanda, para caracterização, prova segura do permanente ânimo associativo dos criminosos.

Sobre o tema, lecionam Renato Marcão e Guilherme de Souza Nucci:

"Para a forma descrita no caput, exige-se a pluralidade de agentes, duas ou mais pessoas, ligadas entre si por um animus associativo, para fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/2006. É necessário que a associação seja estável; é preciso identificar certa permanência na *societas criminis*, que não se confunde com mera coautoria" (MARCÃO, Renato. *Tóxicos*, 4ª edição, 2007, São Paulo: Editora Saraiva, p. 281).

"Análise do núcleo do tipo: associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da Lei 11.434/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes (...) Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 1ª edição, 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 784).

Nesse sentido, é o entendimento da Culta Desembargadora desta Câmara Maria Angélica Guedes:



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 14

0001028-20.2013.8.19.0009 - APELACAO

1ª Ementa

DES. MARIA ANGELICA GUEDES - Julgamento: 14/10/2014 - SETIMA CAMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DA DEFESA QUE PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO DE JHONATAN DE AMBAS IMPUTAÇÕES, NA FORMA DO ARTIGO 386, VII DO CPP, E A ABSOLVIÇÃO DE IEWERTON PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06, A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS BRANDO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, BEM COMO SUA SUBSTITUIÇÃO, DE PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1- Finda a instrução, a materialidade do delito de tráfico restou sobejamente comprovada no Auto de Prisão em Flagrante à fl. 02E, auto de apreensão de drogas e balança à fl. 03/04, auto de apreensão de material de endolação à fl. 06, laudo definitivo de exame de entorpecente às fls. 36, registro de ocorrência às fls. 33/34 e laudo de exame em material às fls. 127/128. A autoria no crime de tráfico restou indene de dúvidas, segundo se depreende da prova oral coligida sob o crivo do contraditório. Incidência da Súmula 70 deste E. Tribunal. 4. Pleito absolutório que se acolhe com relação a ambos os acusados quanto ao delito de associação. Com efeito, tem-se que ao término da instrução não restou provada a estabilidade e a permanência inerente ao injusto penal. 5- Aplicação do redutor de pena previsto no § 4º, art. 33 da Lei nº11343/06 com relação ao réu Jhonatan. Preenchimento dos requisitos previstos na aludida norma elencada. Apelante primário e de bons antecedentes e não havendo nos autos prova de que se dedique à atividade criminosa do tráfico e ou integre organizações criminosas. 6- Dosimetria da pena que se ajusta, assim como o regime de cumprimento aplicado. Cabível, quanto ao acusado Johnatan, a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas face ao preenchimento dos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

In casu, não há prova segura de que o apelante estivesse PERMANENTEMENTE associado para a prática de qualquer dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06.

O rotineiro e casual encontro de dois ou mais partícipes enredados em tráfico não pode definir uma situação de sociedade ou associação. O fundamental é



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 15

a existência do vínculo associativo. E, em havendo esse vínculo, quer se trate de parceiros, ocasionais ou estáveis, avulsos ou permanentes, ligados pela identidade de causa e de fim, assumindo os contornos de uma clandestina sociedade, para dar vazão ao comércio de drogas, então poderá se considerar, na dinâmica dessa conduta, o crime autônomo de associação.

Nesse contexto, inexistindo elementos hábeis a demonstrar a estabilidade da suposta associação criminosa, **tenho por não caracterizada a *societas sceleris*, devendo ser aplicado à hipótese o princípio *in dubio pro reo*, absolvendo-se o acusado da imputação do crime disposto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06.**

Melhor sorte não socorre ao Ministério Público ao pleitear a condenação do acusado pelo crime autônomo do porte de arma de fogo, uma vez que a mesma, no contexto em que foi apreendida, decerto, teria destinação para, no mínimo, intimidar os policiais envolvidos nas operações realizadas para conter o tráfico, assim como, quanto aos demais itens apreendidos com o réu – munição, rádio comunicador - cuja finalidade elementar é garantir o sucesso do crime de tráfico de drogas ilícitas, alvo constante de represália policial, bem como de proteger os demais criminosos envolvidos na prática do injusto.

É cediço que para a configuração da causa de aumento em detrimento ao reconhecimento de concurso material de crimes há a necessidade apenas de um nexos finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico, nexos este comprovado pelas circunstâncias em que foi efetuada a prisão em flagrante e apreensão do material.

Ademais a lei antidrogas traz regra especial para incluir sob o seu manto as condutas possíveis de serem enquadradas na utilização de armas de fogo na atividade do tráfico de entorpecentes, esclarecendo-se, por oportuno, que o verbo “empregar”, disposto no inciso IV do art. 40 Lei, deve, a meu sentir, ser interpretado extensivamente para albergar, como no caso dos autos, o depósito da arma de fogo.

Deste modo, **correta a *emendatio libelli* realizada pelo sentenciante, para reputar-se absorvido o delito previsto na Lei nº 10.826/03, pela causa especial de aumento de pena disposta no inciso IV do artigo 40 da Lei nº 11.343/06.**

Passo à revisão da pena.

Pena base fixada no mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias multa, o que mantenho.



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 16

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, mantida a pena na segunda fase.

Na terceira fase, mantenho a fração de aumento de pena, em razão do previsto no artigo 40, IV e VI, da Lei de Drogas no patamar de 2/5.

Como cedo, o índice de aumento da pena é questão que se insere na órbita de convencimento do magistrado, no exercício de seu poder discricionário de decidir a quantidade de aumento que julga conveniente na hipótese concreta, desde que observados os limites estabelecidos pela norma penal.

E, ao eleger o *quantum* de aumento, o julgador deve levar em conta o critério qualitativo desta graduação, considerando a potencialidade ofensiva da causa de aumento, à luz das circunstâncias fáticas que envolvem o cometimento do crime, geradora de maior censurabilidade da conduta do agente. E assim, o magistrado de piso o fez.

Desta forma fica a pena, por ora, em 07 anos de reclusão e 700 dias multa.

Todavia, verifico que que carece de fundamentação idônea a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, pelo sentenciante, já que não cabe ao julgador “inferir” que o agente é dedicado às atividades criminosas e sim negar o benefício com base em comprovação de tal alegação, o que, no caso dos autos, não restou comprovado.

Frise-se que 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.

A lei exige, para impedir a redução da pena, o envolvimento com outras atividades criminosas ou a participação em quadrilha ou bando, o que não é a hipótese dos autos.

Se determinado fato alegado não é provado pelo Ministério Público deve ser considerado inexistente.

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, 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.



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

FI. 17

Assim, a inexistência de investigação anterior ou prova nos autos que aponte o acusado como integrante de organização criminosa ou se dedique à atividade criminosa, importa no reconhecimento da presença dos requisitos previstos no mencionado dispositivo legal, autorizando a redução da pena privativa de liberdade, o que ora faço no máximo permitido pela Lei (2/3 – dois terços), restando a **pena final arrumada em 02 anos e 04 meses de reclusão e 233 dias multa, à razão unitária mínima.**

Tendo em vista a nova dosimetria da pena, necessário se faz alterar o regime inicial prisional fixado pelo magistrado de piso.

De início, impende destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111840/ES, em 27/06/2012, reconheceu a inconstitucionalidade, do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 (com a redação da Lei 11.464/07), que prevê o regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Ademais, não basta a opinião do julgador sobre o crime para determinar regime mais gravoso do que o estabelecido na lei.

Nesse sentido:

Súmula nº 718 do STF: *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

Súmula nº 719 do STF: *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Com isso, adotando o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, mesmo nas hipóteses de condenação pelo delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, e considerando não sendo o réu reincidente, **deve o regime inicial para o cumprimento de pena ser o aberto**, eis que se revela mais adequado para a prevenção e reprovação do delito.



APELAÇÃO nº 0128551-68.2015.8.19.0001

Fl. 18

Observando as alterações no texto do artigo 387 do Código de Processo Penal pela Lei 12.736/2012 e, considerando o tempo da prisão provisória do apelado, mantenho o regime aberto.

Incabível a substituição da pena em razão de o crime ter sido cometido com violência (artigo 40, IV, da Lei 11.343/06 c/c artigo 44, I, do CP).

À conta de tais considerações, VOTO no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA**, para absolver o réu da imputação do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, para aplicar da causa especial de diminuição de pena do delito de tráfico prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima de 2/3, ficando a pena final arrumada em 02 anos e 04 meses de reclusão e 233 dias multa, à razão unitária mínima, e para fixar o regime inicial de cumprimento da pena aberto.

Oficie-se à SEAP para que proceda à transferência do réu para unidade prisional compatível com o regime aberto

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.

Desembargador **JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO**
Relator