



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.1

Apelante : Bruno Rodrigues Soares
Correponentado : L. A. G. DE S.
Filiação : Luciane Beatriz Gomes e Jorge André de Souza
Correponentado : W. F. S.
Filiação : Claudia Ferreira Rosa e Marcelo Scanzi dos Santos
Apelado : Ministério Público
Relator : Des. Siro Darlan de Oliveira
Rel. Designada : Desembargadora Maria Angélica G. Guerra Guedes

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO, E RESISTÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REQUER AINDA EXCLUSÃO DAS MAJORANTES PREVISTAS NOS INCISOS IV E VI DO ART. 40 DA LEI Nº11.343/06, RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DESCRITO NO §4º, ART. 33 DA REFERIDA LEI; SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO.

1- Manutenção dos delitos de tráfico e resistência. In casu, a materialidade e autoria restaram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão (arma de fogo e munições, rádio comunicador e entorpecentes), laudos de exame de material (rádio comunicador, arma de fogo, munições) e laudo de exame de entorpecentes (147 g de maconha). A autoria restou também demonstrada pelas oitivas dos policiais que participaram da diligência que culminaram na prisão do apelante e detenção dos menores. Diferente do alegado, não há contradições nos referidos depoimentos, os quais foram uníssonos e harmoniosos com os demais elementos probatórios, ao passo que a versão do acusado ecoou isolada.

2- Absolvição do crime de associação ao tráfico que se impõe. A despeito de capturado o apelante e apreendidos os adolescente fazer com que se possa presumir que ambos sejam participantes de alguma associação criminosa, não há como condená-lo



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.2

apenas por tal presunção, registrando que, registrando que, além o mesmo ainda gozar da primariedade, não houve inequívoca demonstração da aludida estabilidade e permanência. De tal modo, não havendo provas suficientes, a absolvição é medida que se impõe, a luz do in dubio pro reo.

3- Afastamento da causa de diminuição de pena prevista no §4º, art. 33 da Lei nº11.343/06. *Embora seja réu primário, na espécie, não se pode deixar de considerar que foram apreendidos uma pistola calibre 9mm, munições, rádio comunicador, e 147 g de maconha distribuídos em 98 sacolés, apetrechos e quantidade de entorpecente estes que não condiz com reles amadorismo, vale dizer, exige certo profissionalismo/comprometimento do indivíduo que se dispõe a vender as referidas substâncias, sobretudo no local conhecidamente como boca de fumo. Assim, ainda que não se tenha conseguido comprovar sua associação de forma permanente ou estável à agremiação criminosa, não se encontram preenchidos todos os requisitos insertos no §4º, do art.33 da Lei de Drogas, motivo pelo qual se afasta a concessão de tal benesse.*

4- Reanálise da dosimetria da pena para o crime de tráfico. *O magistrado de piso estabeleceu a pena base no patamar mínimo legal, sendo certo que, na segunda fase, sabidamente deixou de arrefecer a pena, nos termos do art. 65, I do CP, em razão do teor da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, a sanção foi majorada em 1/3, tendo em vista a presença de duas causas de aumentos, previstas nos incisos IV e VI do art.40, da Lei nº11.343/06. Para tanto, o nobre julgador fundamentou concretamente a exasperação em fração acima da minimamente prevista, eis que, além de arma de fogo utilizada no delito ser de uso restrito das forças armadas, foram envolvidos dois adolescentes, o que de fato gera maior desvalor da conduta perpetrada pelo apelante. Considerando o quantum estabelecido, e o que dispõem os §§2º e 3º, art. 33 do CP, estabelece-se o regime prisional semiaberto, salientando, desde já, que o STF, no HC n.º 111.840/ES, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Diante do quantum previsto, não*



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.3

é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do inciso I, art. 44 do CP.

5- ***Reanálise da dosimetria da pena para o delito de resistência.*** *A pena base foi corretamente estipulada no patamar mínimo legal, sendo certo que por não haver outros modulares, foi mantido tal quantum definitivamente. Considerando o disposto nos §§2º e 3º, art. 33 do CP, mantem-se o regime prisional aberto.*

6- **RECURSO DEFENSIVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0130964-54.2015.8.19.0001, originários do Juízo da 29ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em que é apelante Bruno Rodrigues Soares, e apelado o Ministério Público;

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso defensivo**, para absolver o apelante do crime previsto no art. 35, da Lei nº11.343/06, com fulcro no art. 386, VII do CPP, e, **por maioria**, na forma do voto da Des. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, **dar parcial provimento ao apelo defensivo**, para manter a pena fixada para os delitos de resistência e tráfico, alterando, somente quanto a este último, o regime prisional para semiaberto, restando vencido o Des. Siro Darlan de Oliveira, que reconhecia a incidência da causa de diminuição prevista no §4º, art. 33, da Lei nº11.343/06.

Rio de Janeiro, 07 de junho de 2016.

Desembargadora ***Maria Angélica G. Guerra Guedes***
Relatora Designada



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.4

VOTO

Adoto o relatório já constante dos autos.

Bruno Rodrigues Soares, ora apelante, foi denunciado perante o Juízo da 29ª Vara Criminal da Comarca da Capital, pela prática, em tese, dos delitos insculpidos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº11.343/06, art. 16, da Lei nº10.826/03, art. 244-B, da Lei nº8.069/90 e art.329 do CP, todos em concurso material, porque segundo narra a peça incoativa:

“...No dia 03 de abril de 2015, por volta das 16h45, na Rua da Encarnação, nº 460, próximo à Praça do Barão, Guadalupe, nesta cidade, o denunciado foi preso em flagrante delito uma vez que, de forma livre e consciente, em comunhão de ação e desígnio com os adolescentes infratores Luciano André Gomes de Souza e Wallace Ferreira Scanzi, traziam, de forma compartilhada, farta quantidade de material entorpecente, identificado no laudo prévio de fl. 04 como maconha (Cannabis Sativa L.), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Policiais militares cercaram à localidade acima mencionada para coibir o tráfico ilícito de entorpecente, ocasião em que tiveram as atenções despertadas para três elementos, dentre os quais o denunciado.

Ao avistar os policiais, o réu, que empunhava uma pistola calibre 9mm, imediatamente efetuou vários disparos de arma de fogo contra o agente de segurança pública Manoel Correa, com o intuito de evitar a abordagem, bem como a sua prisão.

Após se opor ao ato legal, o grupo iniciou fuga do local, momento em que foram surpreendidos pelo policial Thiago, o qual, apontando-lhes um fuzil, ordenou-lhes a rendição.



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.5

Em seguida, os policiais procederam a revista pessoal do acusado e dos adolescentes infratores, logrando encontrar o seguinte material:

Em poder do adolescente infrator Luciano foi apreendido o rádio comunicador, marca Motorola, equipamento este tipicamente utilizado por olheiros do tráfico de drogas, como meio de comunicação com o restante da quadrilha, para avisar da presença de policiais nas proximidades das "bocas de fumo".

Com o inimputável Wallace foi apreendida uma sacola plástica, contendo 147g (cento e quarenta e sete) gramas de maconha, distribuídos em 98 (noventa e oito) invólucros plásticos incolores, contendo a inscrição "MARACANÃ GRAMADO R\$ 5".

Já com o acusado, foi apreendida a pistola calibre .9mm, número de série 12T296644, devidamente municada com sete cartuchos do mesmo calibre, com a qual, anteriormente, resistiu a prisão.

Dessa forma, o denunciado, também livre e conscientemente, portava arma de fogo de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Sem prejuízo, considerando as circunstâncias da prisão, que ocorreu em conhecido ponto de venda de drogas, bem como que o denunciado estava na companhia dos adolescentes infratores, com os quais foi encontrada a farta quantidade de entorpecente, além do rádio comunicador, instrumento tipicamente utilizado para comunicação entre membros de facções criminosas ligadas ao tráfico de entorpecentes, não há dúvidas de que o denunciado, livre e conscientemente, desde data não precisada, mas certamente até o dia de sua prisão em flagrante, estava firmemente associado aos adolescentes infratores e aos demais integrante da facção criminosa "Comando Vermelho", que domina o tráfico ilícito de entorpecente da região.



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.6

Considerando as circunstâncias da prisão e a vultosa quantidade de material entorpecente, cuidadosamente embalado para a venda a varejo, é certo que o denunciado e os adolescentes infratores traziam, de forma compartilhada, a droga para fins de tráfico.

Tendo cometido os crimes narrados na companhia de dois adolescentes, é evidente que o denunciado, de forma livre e consciente, corrompeu ou facilitou a corrupção de pessoas menores de dezoito anos.

Cumpra esclarecer que o acusado e os adolescentes infratores, no momento da prisão, confessaram aos policiais que "trabalhavam" para o "tráfico", ou seja, que estavam firmemente associados à aludida organização criminosa (Comando Vermelho)..."

Finda a instrução, o juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o acusado pelos crimes dos artigos 33 e 35, ambos c.c art. 40, IV e VI, da Lei nº11.343/06, e artigo 329 do Código Penal, em concurso material, às penas de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 1599 (mil e quinhentos e noventa e nove) dias multa, e 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto.

Inconformado, o acusado, assistido pela Defensoria Pública, interpõe o presente apelo, pleiteando, precipuamente, absolvição de todos os delitos, diante da insuficiência do conjunto probatório.

Quanto a isso, argumenta que *"a sentença encontra respaldo somente no depoimento dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante"*, sendo tais provas frágeis para emissão do decreto condenatório.

Especialmente, no que tange ao delito de associação, a combativa defesa sustenta que não há provas de que o apelante estivesse associado em caráter estável e permanente para a prática da mercancia ilícita.

Requer exclusão das majorantes previstas nos incisos IV e VI, art. 40 da Lei nº11.343/06, tendo em vista que não houve efetiva



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.7

demonstração de que o apelante teria praticado o injusto em companhia do menor, nem com emprego de arma de fogo.

Alternativamente, requer a redução da fração utilizada em razão do reconhecimento das aludidas causas de aumento.

Postula a incidência da minorante prevista no §4º, art. 33 da lei de regência, já que os requisitos da norma retromencionada encontram-se satisfeitos, pleiteando ainda que a redução se opere no grau máximo de 2/3 (dois terços).

Por fim, pugna pela fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade, consoante jurisprudência do STF e Resolução nº5/2012 do Senado Federal, respectivamente.

Pois, bem.

In casu, no que tange aos delitos de tráfico e resistência, verifico que a materialidade e autoria restaram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão (arma de fogo e munições, rádio comunicador e entorpecentes), laudos de exame de material (rádio comunicador, arma de fogo, munições) e laudo de exame de entorpecentes (*147 g de maconha*). (e-docs. 6; 10; 23-26; 27; 59; 151 e 156)

Nesse diapasão, o Policial Militar **Manoel Correia do Espírito Santo** narrou, em juízo, que:

"... estava em local de patrulhamento corriqueiro, seguindo várias denúncias de moradores locais; que o local não possui UPP; que recebeu informações de que havia uma boca de fumo no local da abordagem; que ao chegar, fora recebido a tiros; que sua arma não funcionou; que outro policial veio por cima e rendeu a todos; que o réu estava com mais dois no momento do fato; que não tem dúvidas que o réu fora o autor dos disparos; que os adolescentes que o acompanhavam portavam um rádio comunicador e drogas; que o réu e os adolescentes apreendidos estavam traficando drogas; que a região é dominada pela facção do Comando Vermelho; que já morreram policiais em confrontos no local do fato; que avistou o acusado a uns 70 metros de distância; que o acusado estava sentado; que aguardaram o melhor momento para abordá-los a fim de evitar que terceiros fossem



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.8

atingidos por disparos de arma de fogo; que os outros indivíduos portavam um rádio comunicador e as drogas, enquanto o acusado portava a arma de fogo; que não se recordava a forma como a droga estava armazenada..." grifei

Corroborando as declarações de seu colega de farda, o Policial Militar **Thiago Nascimento Leite** asseverou que:

"... houve um alerta que no local estava havendo venda de drogas; que ao virem o Sargento, o acusado e os demais indivíduos efetuaram disparos; que o acusado foi o autor dos disparos; que o acusado se rendeu somente porque sua arma falhou; que os menores de idade portavam um rádio e um saco de entorpecentes; que nunca efetuaram prisões no local, tendo em vista que os meliantes sempre respondem a abordagem com disparos de arma de fogo, evadindo-se do local; que a localidade é controlada pela facção Comando Vermelho; que nunca soube de policial morto em confronto no local; que é de seu conhecimento a morte de um policial que residia na região; que não conhecia o acusado; que avistou o acusado e os menores apreendidos a uma distância de 30 metros; que o acusado e os menores apreendidos correram em direção ao Sargento; que o sargento ficou um tempo observando os indivíduos; que efetuou a abordagem do acusado e dos demais indivíduos; que não havia outras pessoas passando no local..." grifei

O acusado **Bruno Rodrigues Soares**, em interrogatório, negou os fatos narrados na denúncia, alegando que:

"...Tinha ido em Guadalupe para cortar o cabelo, só que o salão estava fechado; que mudou o caminho para comprar uma maconha para fumar; que com R\$50,00 comprou duas maconhas; que quando estava saindo aconteceu o tiroteio; que foi tentar correr e esconder por causa dos tiros, mas que foi pego pelos policiais; que na Delegacia os policiais disseram que era tudo dele; que não conhece os adolescentes..."



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.9

Como se pode notar, as provas coletadas no decorrer da instrução revelaram a prática de ao menos dois delitos perpetrados pelo acusado, quais sejam: tráfico e resistência. Isso porque além dos laudos periciais susomencionados e demais peças angariadas na fase inquisitorial terem demonstrado a materialidade de tais injustos, os depoimentos dos policiais, emitidos sob o crivo do contraditório, foram harmoniosos e coerentes, ao passo que o alibi do ora apelante, única prova apresentada pela defesa, ecoou totalmente isolado no acervo probatório.

Registro que, para casos semelhantes a este, é costumeiramente aplicado o teor da súmula 70 deste E. Tribunal, a fim conferir credibilidade à palavra dos agentes da lei.

Não obstante entenda que, para hipótese em comento, a utilização de tal verbete seja até admissível, tenho advertido que sua aplicação não deve ser cogente.

Ao meu sentir, a validade das oitivas dos policiais deve ser obtida mediante uma análise percuciente, que permita concluir pela legitimidade da atuação estatal.

Sob essa ótica, as declarações devem ser coerentes entre si, vale dizer, sem contradições que as comprometam, bem como integrem o conjunto probante de maneira harmoniosa, condições estas vislumbradas na espécie.

A defesa, no afã de pleitear a absolvição sob o argumento de debilidade de provas, alega que os depoimentos emitidos pelos policiais militares foram inidôneos.

Porém, não há qualquer óbice em admitir tais provas como fundamento para emissão do decreto condenatório, notadamente porque não observei qualquer contradição que viciasse tal prova.

Ambos descreveram com detalhes a dinâmica da diligência realizada naquela localidade, próximo à Praça do Barão, no bairro de Guadalupe, região conhecidamente dominada pelo tráfico de drogas e pela facção criminosa Comanda Vermelho.

O policial Manoel relatou que durante patrulhamento rotineiro recebeu informes acerca da prática da abjeta mercancia, tendo se dirigido ao local, onde foi recebido a tiros, precisando que seu colega de farda, Thiago, lhe desse cobertura, de molde que, juntos, conseguiram visualizar e deter o acusado, portando a arma de fogo de uso restrito, e dois



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.10

adolescentes, que estavam munidos do rádio comunicador e 98 invólucros de plástico de maconha.

Ipsa facto, as oitivas dos menores Luciano e Wallace, emitidas no juízo especializado, corroboram as declarações retrocolacionadas, pois, além de terem assumido que estavam trabalhando para o tráfico mediante remuneração, este afirmou ainda que a arma estava como o “*de maior*”.

Ora, ao meu ver, a alegação sustentada pelo acusado no exercício de autodefesa, no sentido de que tinha saído de casa para cortar o cabelo e subitamente mudou seu trajeto para comprar maconha, além de não possuir qualquer substrato fático probatório, é deveras inverossímil, não conseguindo infirmar a palavra dos ditos agentes da lei, os quais, gizo, foram uníssonos quanto aos disparos efetuados pelo mesmo, em verdadeira oposição à sua prisão em flagrante, eis que estava comercializando ilegalmente drogas, em companhia dos ditos adolescentes.

Portanto, diante das circunstâncias em que se efetivou a captura do ora apelante, envolvendo disparos de projeteis, bem como da quantidade de drogas e rádio comunicador apreendidos, em local conhecidamente dominado por facção criminosa voltada para a prática da abjeta mercancia, mantenho a condenação pelos crimes dos arts. 329 do CP, e 33, acompanhada das majorantes descritas nos incisos IV e VI, art. 40, da Lei nº11.343/06.

Noutro giro, assiste razão à defesa quanto ao pleito absolutório pelo crime de associação.

O fato de restar provada a existência do crime de tráfico praticado pelo acusado, não me faz inferir que ele estava reunido, organizado ou associado, **de forma permanente ou estável**, à facção criminosa que supostamente domina o tráfico local.

Entendo que essa ligação estável e rotineira não pode ser presumida pelas circunstâncias da prisão. Por certo, há que ser provada, o que não ocorreu na hipótese.

Registro que o fato de alguém, reiteradamente ou não, praticar algumas das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06, não dispensa a prova do elemento subjetivo do delito do art. 35 da mesma Lei.



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.11

A caracterização do crime tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 exige o concurso necessário e permanente dos agentes. É indispensável o elo estável entre os indivíduos que se unem com o objetivo de praticar o delito.

Nesse sentido:

“EMENTA: DROGAS (TRÁFICO ILÍCITO). ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (CONDENAÇÃO). MERA EVENTUALIDADE (CASO). 1. O delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 não se configura diante de associação eventual, mas apenas quando estável e duradoura, não se confundindo com a simples coautoria. Precedentes. 2. No caso dos autos, em nenhum momento foi feita referência ao vínculo associativo permanente porventura existente entre os agentes, mas apenas àquele que gerou a acusação pelo tráfico em si. Inviável, pois, manter a condenação pela associação, pois meramente eventual. 3. Ordem concedida para se excluir da condenação a figura do art. 35 da Lei nº 11.343/06.” (STJ. HC nº 149.330 – SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 06/04/2010).”

No caso em tela, dúvidas não há de que o acusado foi preso em uma localidade de traficância, na posse de drogas embaladas para a venda. Todavia, o órgão de acusação não se desincumbiu adequadamente do ônus de demonstrar todos os elementos do tipo associação.

A despeito de capturado o apelante e apreendidos os adolescentes fazer com que se possa presumir que sejam participantes de alguma associação criminosa, não há como condená-lo apenas por tal presunção, registrando que, além o mesmo ainda gozar da primariedade, não houve inequívoca demonstração da aludida estabilidade e permanência. De tal modo, não havendo provas suficientes, a absolvição é medida que se impõe, a luz do *in dubio pro reo*.

Entretantes, não merece prosperar o pleito de incidência do redutor, insculpido no §4º, art. 33 da Lei de regência.



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.12

Em que pese se tratar de acusado primário e sem antecedentes desabonadores, não se pode olvidar que este se dedicava à prática da abjeta mercancia, fazendo dela seu meio de vida.

Neste aspecto, é certo que o legislador pátrio inovou ao introduzir no ordenamento a regra do sobredito dispositivo legal, na qual apenas de forma mais branda aquele traficante dito esporádico.

E, ao assim fazê-lo, estabeleceu aquilo que, doutrinariamente, vem sendo intitulado de “tráfico privilegiado”, no qual é previsto que, na hipótese de o agente ser (1) primário, de (2) bons antecedentes, (3) não se dedicar a atividades criminosas e (4) nem integrar organização deste tipo, poderá ter sua pena reduzida.

O novel legislador, ao criar a aludida causa especial de diminuição de pena, teve por escopo apenas de forma mais branda aquele que, além de primário e sem antecedentes criminais, também não faz da traficância o seu ‘ganha pão’, o que, peremptoriamente, não é o caso dos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI ANTIDROGAS. TRÁFICO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Importa asseverar que foram interpostos 3 (três) recursos de agravo regimental, assim, em razão do princípio da unirrecorribilidade recursal, segundo o qual, para cada provimento judicial, admite-se apenas um recurso, ocorrendo a preclusão consumativa no tocante ao segundo aclaratório, somente sendo viável a análise do recurso interposto por primeiro. 2. Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem ser impossível a aplicação da diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do reconhecimento, pelo Tribunal a quo, de circunstâncias que



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.13

caracterizem a prática delitiva, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas. (grifei) 3. A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. (grifei) 4. Na hipótese dos autos, as instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena ao paciente em razão da reincidência, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, pois a primariedade é um dos requisitos para a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. 5. Hipótese em que dadas a apreensão de quantidade considerável e a natureza da substância entorpecente, inclusive na residência do condenado, não há como se afastar a conclusão de que se dedique à atividade criminosa do tráfico, razão porque descabe ser beneficiado pela modalidade de tráfico privilegiado. (grifei) 6. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 1405503 / PR. Ministro MOURA RIBEIRO. T5 - QUINTA TURMA. Dje 28/03/2014

Na espécie, não se pode deixar de considerar que foram apreendidos uma pistola calibre 9mm, munições, rádio comunicador, e 147 g de maconha distribuídos em 98 sacolés, apetrechos e quantidade de entorpecente estes que, ao meu sentir, não condiz com reles amadorismo, vale dizer, exige certo profissionalismo/comprometimento do indivíduo que se dispõe a vender as referidas substâncias, sobretudo no local conhecidamente como boca de fumo.

STJ: Nesse aspecto, colaciono os seguintes julgados do

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.14

necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. 2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas. (...) 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, Dje 02/02/2016) grifei

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO NÃO APLICADA (§ 4º). QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTO INIDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA SUPERIOR A 4 ANOS POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) - A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada no caso concreto em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de droga apreendida. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de habeas corpus. (...) - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais, a partir de dados concretos, decida acerca da possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando. (HC 242.216/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO - Desembargador convocado do TJ/SP - Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, Dje 12/11/2015) - (grifei).



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.15

Assim, penso que, ainda que não se tenha conseguido comprovar sua associação de forma permanente ou estável à agremiação criminosa, não se encontram preenchidos todos os requisitos insertos no §4º, do art.33 da Lei de Drogas, motivo pelo qual afasto a concessão de tal benesse.

Dito isso, passo ao exame da dosimetria da pena.

Como se pode notar, para o crime de tráfico, o magistrado de piso estabeleceu a pena base no patamar mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, sabidamente deixou de arrefecer a pena, nos termos do art. 65, I do CP, em razão do teor da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, a sanção foi majorada em 1/3, tendo em vista a presença de duas causas de aumentos, previstas nos incisos IV e VI do art.40, da Lei nº11.343/06.

Para tanto, o nobre julgador fundamentou concretamente a exasperação em fração acima da minimamente prevista, eis que, além de arma de fogo utilizada no delito ser de uso restrito das forças armadas, foram envolvidos dois adolescentes, o que de fato gera maior desvalor da conduta perpetrada pelo apelante.

Assim, mantenho a pena definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias multa.

Considerando o *quantum* estabelecido, e o que dispõem os §§2º e 3º, art. 33 do CP, estabeleço o regime prisional semiaberto, salientando, desde já, que o STF, no HC n.º 111.840/ES, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Diante do *quantum* previsto, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do inciso I, art. 44 do CP.

Para o delito de resistência, a pena base foi corretamente estipulada no patamar mínimo legal de 02 (dois) meses de detenção, sendo certo que por não haver outros modulares, foi mantido tal *quantum* definitivamente.



Apelação Criminal nº 0130964-54.2015.8.19.0001

FLS.16

Considerando o disposto nos §§2º e 3º, art. 33 do CP, mantenho o regime prisional aberto.

À conta de tais considerações, direciono o meu voto no sentido de **dar parcial provimento ao recurso defensivo**, absolvendo Bruno Rodrigues Soares da imputação pelo crime do art. 35 da Lei nº 11.343/06, com fulcro no art. 386, VII do CPP; mantendo a pena para os delitos dos arts. 329 do Código Penal, e 33 da Lei nº11.343/06, alternando, quanto a este último, o regime prisional fechado para aberto.

Oficie-se à SEAP - Secretaria de Administração Penitenciária, no sentido de providenciar a transferência do condenado para estabelecimento prisional compatível com o regime ora fixado, nos termos do Aviso Conjunto TJ/CGJ nº 08/13 e Resolução CNJ nº113/10.

É como voto.

Rio de Janeiro, 07 de junho de 2016.

Desembargadora ***Maria Angélica G. Guerra Guedes***
Relatora Designada