

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

**2ª CÂMARA CRIMINAL**

APELAÇÃO Nº 0375766-56.2015.8.19.0001

APELANTE 1: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE 2: SAMUEL PEREIRA BRITO

APELADO: OS MESMOS

RELATORA: DES. KATIA MARIA AMARAL

**APELAÇÃO.** Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Condenação. Artigos 35 c/c 40, IV, ambos da Lei 11.343/06. Absolvição. Agente que, livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, trazia consigo e tinha sob sua guarda, com a finalidade de tráfico, 0,4g de *Cannabis Sativa L.* (maconha), acondicionados em 01 pequeno saco plástico incolor, fechado com grampo metálico, 2,5g de Cocaína, distribuídos em 06 pequenos frascos de plástico incolor rígido, de formado tronco-cônico, dotados de tampa plástica incolor de pressão articulada à embalagem, e 1,9g de "Crack", distribuídos em 11 pequenos sacos de plástico incolor, parcialmente cobertos com segmento de papel azul e fechados com grampos metálicos. **RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** Condenação, também, pelo delito do artigo 35 c/c 40, IV, ambos da Lei 11.343/06. **RECURSO DEFENSIVO.** Absolvição pelo crime de tráfico ilícito de drogas. Aplicação da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos. **CONTRARRAZÕES DEFESA.** Aplicação da fração de 1/6, face o reconhecimento da atenuante da menoridade. Abrandamento para o regime prisional semiaberto.

1. Não se discute que, para a configuração do crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, é imprescindível a

verificação do elemento subjetivo do tipo, qual seja o *animus* associativo, consubstanciado na convergência de vontade dos agentes em se unirem de forma reiterada ou não, com a finalidade de exercer o comércio ilícito de drogas. *In casu*, não obstante a denúncia tenha indicado o primeiro nome, bem como o vulgo da pessoa que estaria na companhia do acusado no momento dos fatos, informações estas fornecidas pelo próprio réu em sede policial, os Policiais Militares responsáveis pela prisão, nada esclareceram a respeito do mesmo, não cuidando a acusação de promover maiores investigações para identificá-lo, bem como de produzir provas acerca da associação imputada. Registre-se que, o simples fato de o agente ser detido em área de domínio da facção criminosa, sem outros elementos que informem sobre sua associação efetiva e permanente a terceiros, para o exercício do comércio ilícito, não é suficiente à caracterização do crime de associação para o tráfico, impondo a manutenção de sua absolvição.

2. Impossível o reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06. O uso de uma arma pelo outro indivíduo de nome Wallace, vulgo “Cinquenta”, que conseguiu se evadir, foi informado pelo acusado em sede policial, não tendo os agentes da lei sequer visualizado a presença deste armamento no momento dos fatos.

3. Ausência de dúvidas acerca da materialidade e da autoria do crime do artigo 33, da Lei 11.343/06, à vista da segura prova oral produzida, da quantidade e variedade de drogas apreendidas, dentre elas o “*crack*”, que se destaca por sua enorme capacidade viciante, e pelos gravíssimos prejuízos à saúde que seu uso pode provocar, sua forma de acondicionamento, prontas para a venda, somadas às demais circunstâncias da prisão, tendo os Policiais Militares informado que o local é conhecido como ponto de venda de drogas, sendo dominado pela facção criminosa conhecida como “Comando Vermelho”, além do fato de ter sido

apreendido, juntamente com o material entorpecente, um rádio transmissor, tendo o réu confessado, em sede policial, que pertence ao tráfico de drogas, exercendo a função de “atividade”, indicam destinava-se o material entorpecente ao nefasto comércio, elementos suficientes a invalidar o pedido de absolvição. Aplicação da Súmula 70, desse Tribunal. Ademais, não restou provado nos autos que, o réu se encontrava desenvolvendo qualquer tipo de ocupação lícita, pelo que não teria meios para adquirir o material entorpecente apreendido, concluindo tratava-se de intermediário da venda.

4. Atenuante da menoridade. Aplicação da fração de 1/6, conforme entendimento que vem sendo adotado nesse Colegiado. Impossibilidade de redução das penas aos mínimos legais previstos para o tipo, em observância à Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Matéria de Repercussão Geral.

5. Se os elementos colhidos na instrução, as circunstâncias da prisão, e a apreensão de considerável quantidade e variedade de drogas, prontas para a venda, além de um rádio transmissor, somado ao fato de não restar provado que o ora recorrente exercia qualquer tipo de ocupação lícita, indicam o envolvimento do acusado em atividade criminosa, incompatíveis com um agente iniciante no nefasto comércio, ou com um traficante eventual, não há amparo à pretendida redução das penas, na forma §4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06.

6. Regime inicialmente fechado para cumprimento da pena, que se mantém, *ex vi* do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/80. Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito de tráfico de drogas, não justifica sua imposição. Ocorre que, não obstante o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, tenha declarado

inconstitucional a atual redação do referido dispositivo, de modo a afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deve observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, esta decisão foi prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujos efeitos são *inter partes*, e não possuem força vinculante, devendo, pois, analisar-se o caso concreto. Na presente hipótese, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da prisão, estão a justificar a fixação do regime fechado, como melhor forma de ressocialização e reeducação do acusado e como resposta à sociedade.

7. Incabível, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o *quantum* de pena finalizada, superior a 4 anos de reclusão.

**RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.  
APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0375766-56.2015.8.19.0001, em que são Apelantes o Ministério Público e Samuel Pereira Brito, e Apelados os mesmos, em Sessão realizada em 04 de setembro de 2016, **ACORDARAM, À UNANIMIDADE**, os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

## RELATÓRIO

O Juízo de Direito da 19ª Vara Criminal da Comarca da Capital, julgou procedente, em parte, a ação, para condenar o ora apelante, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, nas penas de 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 DM, no valor de 1/30 do salário mínimo na data do fato, devendo ser atualizado por índice oficial de atualização, até seu efetivo pagamento, além do pagamento da taxa judiciária e das custas do processo, absolvendo-o da imputação relativa aos artigos 35 c/c 40, IV, ambos da Lei 11.343/06, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (Doc. 000167).

Irresignados, o Ministério Público e a Defesa apelaram.

O *Parquet* (Doc. 000194), pugnando pela condenação, também, quanto ao delito do artigo 35 c/c artigo 40, IV, ambos da Lei 11.343/06, vez que *“Todos os requisitos do tipo encontram-se fielmente demonstrados nos autos, corroborados pelos depoimentos policiais e pela confissão extrajudicial do réu”*.

Prequestiona todas as questões apresentadas em suas razões, em especial os artigos 35 e 40, IV, da Lei de Drogas.

Por sua vez, a Defesa pretende a absolvição quanto ao delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, ao argumento de fragilidade probatória, eis que a condenação se baseou apenas nos depoimentos dos policiais, que devem ser vistos com reservas, tendo o acusado negado a prática dos fatos, assim como a propriedade e a posse dos bens que teriam sido apreendidos em seu poder (Doc. 000212).

Alternativamente requer: a) aplicação da causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06; e b) substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos.

As contrarrazões da Defesa estão no Doc. 000202, rebatendo as teses do recurso acusatório. Requer, ainda: a) seja aplicada a fração de 1/6, face o reconhecimento da atenuante da menoridade; e b) abrandamento para regime semiaberto.

Em contrarrazões, o Ministério Público se manifestou pelo conhecimento e desprovemento do recurso defensivo (Doc. 000221).

A douta Procuradoria de Justiça, pelo Parecer da ínclita Dr<sup>a</sup>. Christiane Cláudia Cardoso Anselmo de Faria, opinou pelo conhecimento de ambos os recursos, dando-se provimento parcial ao apelo do Ministério Público, para que o acusado seja condenado pelo delito do artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06, sendo desprovido o recurso defensivo (Doc. 000235).

### **VOTO**

O acusado restou condenado por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, no dia 04 de setembro de 2015, na Comunidade do Mandela, mais precisamente no local conhecido como "Mandela 2", com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, trazia consigo e tinha sob sua guarda, com a finalidade de tráfico, 0,4g de *Cannabis Sativa L.* (maconha), acondicionados em 01 pequeno saco plástico incolor, fechado com grampo metálico, 2,5g de Cocaína, distribuídos em 6 pequenos frascos de plástico incolor rígido, de formado tronco-cônico, dotados de tampa plástica incolor de pressão articulada à embalagem, e 1,9g de "Crack", distribuídos em 11 pequenos sacos de plástico incolor, parcialmente cobertos com segmento de papel azul e fechados com grampos metálicos.

Relata a denúncia que, os Policiais Militares José e Rodrigo estavam em patrulhamento de rotina na Comunidade do Mandela e, ao chegarem na localidade conhecida como "Mandela 2", tiveram suas atenções despertadas para dois elementos em atitude suspeita, sendo certo que os mesmos, ao avistarem a aproximação dos policiais, tentaram empreender fuga.

Consta que, um dos homens conseguiu se evadir do local, enquanto que o réu foi detido na posse do material entorpecente acima descrito, bem como de um rádio transmissor.

Questionado pelos policiais, o acusado afirmou que exercia a função de “visão” para o tráfico de drogas do local, alertando os traficantes sobre a posição e a aproximação de agentes da lei, bem como de facções rivais na comunidade.

No que diz respeito à pretendida condenação quanto ao delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, não se discute que, para sua configuração é imprescindível a verificação do elemento subjetivo do tipo, qual seja o *animus* associativo, consubstanciado na convergência de vontade dos agentes em se unirem, de forma reiterada ou não, com a finalidade de exercer o referido comércio.

*In casu*, entretanto, não se vislumbra claramente a presença do citado elemento.

Em sede inquisitória, o réu informou que, na data dos fatos se encontrava na localidade “Mandela 2”, na companhia de Wallace, vulgo “Cinquenta”, quando, ao avistarem a chegada da guarnição policial, tentaram se evadir. Disse que, foi abordado pelos policiais, sendo o material entorpecente apreendido no bolso do seu casaco. Relatou que, foram apreendidos “crack” e pó. Declarou que, Wallace estava na pose de uma pistola. Aduziu que, pertence ao tráfico de drogas, exercendo a função de “atividade”, e que só faz a venda do entorpecente quando os demais integrantes da organização solicitam que ele faça isso. Esclareceu que, o rádio transmissor é um equipamento utilizado para monitorar a ação das Forças de Segurança e demais facções rivais (Doc. 000012/000013).

Ao ser interrogado, negou a prática dos fatos, asseverando que, não estava com as drogas, nem com o rádio transmissor. Disse que, quando menor foi apreendido e, como nada foi encontrado com o interrogando, os policiais falaram que iriam “rezá-lo”. Relatou que, não pertence a nenhuma facção criminosa e não participa do tráfico de drogas. Aduziu que, não faz uso de drogas. Esclareceu que, não trabalha, nem estuda. Narrou que, já conhecia os policiais anteriormente, nada tendo contra os mesmos (Doc. 000122 – p. 3 – gravação audiovisual).

Em Juízo, o Policial Militar José Ribeiro da Silva Júnior, confirmou a declaração prestada na Delegacia (Docs. 000008/000009), afirmando que, foram até a Comunidade Mandela 2, a fim de efetuarem um cerco e, quando o acusado avistou os

policiais, tentou se evadir, sendo abordado pelo colega do depoente. Disse que, com o acusado foram apreendidos uma certa quantidade de entorpecente e um rádio transmissor. Esclareceu que, o acusado assumiu a propriedade da droga, do rádio comunicador, informando, ainda, que trabalhava como “olheiro” do tráfico. Salientou que, o local dos fatos é conhecido como ponto de venda de drogas, sendo dominado pela facção criminosa conhecida como “Comando Vermelho”. Afirmou que, ao avistar o réu, ele estava na companhia de um outro elemento, o qual, conforme informado pelo acusado na Delegacia, tem o vulgo de “Cinquentinha”, sendo que o depoente não conhece este outro indivíduo, que conseguiu se evadir. Declarou que, o réu informou em sede policial que o outro elemento, vulgo “Cinquentinha”, estava armado, porém o depoente não conseguiu visualizar este armamento no momento dos fatos. Aduziu que, foi o depoente quem fez a revista no acusado, sendo as drogas encontradas no bolso do réu, embaladas em sacos transparentes (Doc. 000099 – p.3- mídia digital).

No mesmo sentido foram os depoimentos do seu colega de farda, Policial Militar Rodrigo Santos Cavalcanti, tanto na fase inquisitorial (Docs. 000010/000011), como durante a audiência de instrução e julgamento, tendo acrescentado nesta segunda oportunidade, que o local dos fatos é conhecido como ponto de venda de drogas, sendo dominado pela facção criminosa conhecida como “Comando Vermelho”, e que o réu informou que o outro elemento, de nome Wallace, estava armado, porém o depoente não viu esta arma no momento dos fatos (Doc. 000113 – p. 3 – registro audiovisual).

Também uniforme foi o depoimento prestado pelo Policial Militar Eliabe Alves de Paula, inquirido como testemunha do Juízo (Docs. 000099 – p. 1/2 e 000122), tendo asseverado que, a Comunidade do Mandela 2 é um local de grande movimento do tráfico de drogas. Disse que, o acusado sempre era visto no ponto de venda de drogas, mas também sempre conseguia se evadir. Afirmou que, só viu o outro elemento correndo, não tendo visualizado se este portava arma. Asseverou que, foi o acusado quem disse que este outro indivíduo, vulgo “Cinquenta”, estava portando uma arma.

A Defesa não produziu prova oral, perdendo, assim, a oportunidade de tentar ilidir a acusação (Doc. 000122 – p. 1).

Note-se que, não obstante a denúncia tenha indicado o primeiro nome, bem como o vulgo da pessoa que estaria na companhia do acusado no momento dos fatos, informações estas fornecidas pelo próprio réu em sede policial, os Policiais Militares responsáveis pela prisão, nada esclareceram a respeito do mesmo, não cuidando a acusação de promover maiores investigações para identificá-lo, bem como de produzir provas acerca da associação imputada.

Ressalte-se que, não se mostra suficiente, para a prolação do decreto condenatório, a ilação de que, se o réu realizava o tráfico ilícito de drogas em localidade dominada por facção criminosa, fatalmente estaria a ela associado.

Ao adotar tal fundamento, se estaria admitindo uma condenação, sem que o Ministério Público tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, vez que, caberia ao réu provar que não estava associado à outra pessoa para a prática de tráfico ilegal de drogas na área.

Vale destacar que, embora o réu tenha sido encontrado com o material entorpecente e com um rádio transmissor, não foi visto efetuando a venda ou recebendo drogas.

Ademais, diversamente do que se observa em outros processos, na hipótese, as drogas não apresentavam inscrição referente a qualquer facção criminosa, segundo se infere da denúncia, do Auto de Apreensão (Docs. 000019/000020) e do Laudo de Exame em Entorpecentes (Doc. 000087).

Nesse contexto, não há elementos que evidenciem, concretamente, a presença de uma associação deste, de forma reiterada ou não, com terceiros agentes, suficiente a caracterizar o crime do artigo 35, da Lei 11.343/06, impondo na confirmação da conclusão absolutória.

Da mesma forma, impossível o reconhecimento da causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06.

Conforme se verifica nos depoimentos dos Policiais Militares responsáveis pela prisão, o uso de uma arma pelo outro elemento de nome Wallace, vulgo “Cinquenta”, que conseguiu se evadir, foi informado pelo acusado em sede policial, não tendo os agentes da lei sequer visualizado a presença deste armamento no momento dos fatos.

Por outro lado, não há como prosperar o pleito absolutório objetivado pela Defesa.

Inconteste a materialidade, pelo Auto de Apreensão (Docs. 000019/000020), pelo Laudo de Exame Prévio Entorpecente e/ou Psicotrópico (Doc. 000023), pelos Autos de Encaminhamento (Doc. 000025 e 000029), pelo Registro de Ocorrência (Doc. 000030), pelo Laudo de Exame Entorpecente e/ou Psicotrópico (Doc. 000087) e pelo Laudo de Exame Pericial Direto (Doc. 000104 – rádio comunicador), sendo indubitosa a autoria, pelo Auto de Prisão em Flagrante (Doc. 000006) e pela segura prova oral colhida no decorrer do processo.

Os depoimentos dos Policiais Militares responsáveis pela prisão, como já se viu, apresentaram-se harmônicos e coerentes entre si, não podendo ser simplesmente desconsiderados por sua condição profissional, incidindo na hipótese, a Súmula nº 70 desse Tribunal de Justiça.

Desse modo, além da segura prova oral produzida, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, dentre elas o “*crack*”, que se destaca por sua enorme capacidade viciante, e pelos gravíssimos prejuízos à saúde que seu uso pode provocar, sua forma de acondicionamento, prontas para a venda, somadas às demais circunstâncias da prisão, tendo os Policiais Militares informado que o local é conhecido como ponto de venda de drogas, sendo dominado pela facção criminosa conhecida como “Comando Vermelho”, além do fato de ter sido apreendido, juntamente com o material entorpecente, um rádio transmissor, tendo o réu confessado, em sede policial, que pertence ao tráfico de drogas, exercendo a função de “atividade”, indicam destinava-se o material entorpecente ao nefasto comércio, elementos suficientes a invalidar o pedido de absolvição pelo crime do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Cumpré destacar, ainda, que, não restou provado nos autos que o réu se encontrava desenvolvendo qualquer tipo de ocupação lícita, pelo que não teria meios para adquirir o material entorpecente apreendido, concluindo se tratava de intermediário da venda.

Mantém-se, assim, a condenação pelo crime do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Por outro lado, assiste razão à Defesa, no que diz respeito à fração aplicada face o reconhecimento da atenuante da menoridade (Contrarrrazões - Doc. 000202).

Conforme se verifica, a douta Magistrada singular, na segunda fase da dosimetria, reconheceu a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal, e reduziu as penas em 3 meses de reclusão e 25 DM (Doc. 000167 - p. 16), cabendo a aplicação da fração de 1/6, conforme entendimento que vem sendo adotado por esse Colegiado, em casos semelhantes.

Melhor sorte não assiste à Defesa quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição descrita no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

O mencionado dispositivo é claro quanto aos requisitos para operar-se a redução das penas, referindo-se, não somente, à primariedade e bons antecedentes do agente, mas, também, ao seu não envolvimento em atividade ou organização criminosa e, na presente hipótese, o acusado não os preenche em sua integralidade.

Com efeito, os elementos colhidos na instrução, as circunstâncias da prisão, e a apreensão de considerável quantidade e variedade de drogas, prontas para a venda, além de um rádio transmissor, somado ao fato de não restar provado que o ora recorrente exercia qualquer tipo de ocupação lícita, indicam o envolvimento do acusado em atividade criminosa, incompatíveis com um agente iniciante no nefasto comércio, ou com um traficante eventual, deixando sem amparo a pretendida redução de penas.

Passo, assim, à nova fixação das penas.

Considerando as diretrizes dos artigos 42, da Lei 11.343/06, e 59 do Código Penal, aquele preconizando a preponderância da natureza e quantidade das drogas apreendidas, e este a personalidade e a conduta social do agente, mantenho as penas-base fixadas no *decisum*, acima dos mínimos legais, em 5 anos e 6 meses de reclusão, e 550 DM.

Na segunda fase da dosimetria, diante da atenuante da menoridade, aplico a fração de 1/6, reduzindo, entretanto, as penas aos mínimos legais previstos para o tipo, quais sejam, **5 anos de reclusão, e 500 DM, no valor unitário mínimo legal**, a teor da orientação contida no verbete da Súmula 231, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tornando-as definitivas, face à ausência de outras circunstâncias que as modifiquem.

Vale ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, reconheceu a Repercussão Geral da matéria, nos autos do RE 597.270 QO-RG/RS (Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento: 26/03/2009), reafirmando jurisprudência no mesmo sentido, *in verbis*:

*“EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, §3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.*

A seu turno, não merece prosperar o requerimento de abrandamento do regime prisional para o semiaberto, aduzido nas Contrarrazões defensivas (Doc. 000202).

De acordo com o artigo 5º, XLIII, da Constituição da República, o crime de tráfico ilícito de drogas, é equiparado a hediondo, cumprindo, pois, aplicar os ditames da Lei 8.072/90, que em seu artigo 2º, §1º, impõe o regime prisional inicialmente fechado,

justamente, pela maior reprovabilidade que merecem tais condutas, independentemente da pena aplicada.

Registre-se que, com o advento da Lei nº 11.464/07, a redação original do aludido dispositivo foi alterada e, por conseguinte, passou-se a permitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, mas com a ressalva de que a pena deve ser “*cumprida inicialmente em regime fechado*”.

Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado.

Ocorre que, não obstante o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, tenha declarado inconstitucional a atual redação do referido dispositivo, de modo a afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deva observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, esta decisão foi prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujos efeitos são *inter partes*, e não possuem força vinculante, devendo, pois, analisar-se o caso concreto.

Importa salientar, que se trata de crime que vêm gerando maior instabilidade em nossa sociedade, a cada dia, levando medo, violência e intranquilidade a todos, clamando a sociedade por medidas mais eficazes ao restabelecimento da ordem pública, pelo que, por expressas disposições legais, deve ser cumprido inicialmente em regime fechado, como bem fixado na sentença, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda.

Sobre o assunto trago à colação o seguinte julgado:

*“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/ 06, NA FORMA DO ART. 29, DO CÓDIGO PENAL (EMERSON) E ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/ 06 (ALEXANDRE).*

*CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. PE-DIDO ABSOLUTÓRIO COM BASE NA NEGATIVA DE AUTORIA E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INOCOR-RÊNCIA. PROVA FIRME E ROBUSTA. DEPOIMEN-TO POLICIAL. INTELIGÊNCIA DO VERBETE N.º 70 DO E. TJERJ. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE TRÁFICO PARA AQUELA PREVISTA NO ARTIGO 37 DA MESMA LEI. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILI-DADE. MUITO MAIS DO QUE UM MERO COLABORADOR, OU SEJA, AQUELE QUE FICA EM POSIÇÃO ESTRATÉGICA PARA INFORMAR ACERCA DA ENTRADA E MOVIMENTAÇÃO DE POLICIAIS E TRAFICANTES RIVAIS NA COMUNIDADE, ESTAVA O APELANTE EMERSON PRATICANDO A VENDA DE ENTORPECENTE NA COMPANHIA DE OUTRAS PESSOAS, NA SITUAÇÃO PRIVILEGIADA DE RECEPTOR DE INFORMAÇÕES. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INC. VI, DA LEI 11343/03. O CONJUNTO PROBATÓRIO APONTA A PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES NA PRÁTI-CA DO CRIME DE TRÁFICO. A REFERIDA CAUSA DE AUMENTO TEM NATUREZA OBJETIVA, POR-QUANTO PARA A SUA APLICAÇÃO BASTA A COM-PROVAÇÃO DO ENVOLVIMENTO, AINDA QUE EVENTUAL, DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE NO DELITO EM QUESTÃO, O QUE OCORREU IN CASU. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DI-MINUIÇÃO PREVISTA NO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE. VASTA QUANTIDADE E NATUREZA DISTINTA DOS EN-TORPECENTES (COCAÍNA E MACONHA) DE-MONSTRANDO QUE O APELANTE SE DEDICA À ATIVIDADES CRIMINOSAS, NÃO SE TRATANDO DE TRAFICANTE EPISÓDICO. ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME INICIALMENTE FECHADO FIXADO NA SENTENÇA. EXPRESSO MANDAMENTO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO OU “SURSIS”. QUANTITATIVO DA PENA IMPEDE A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA. DES-PROVIMENTO DOS APELOS DEFENSIVOS.*

(...).

*15 - No que tange ao regime de cumprimento de pena onde se postula o abrandamento para o aberto em relação ao recorrente Alexandre, entende esta relatoria, no ponto, faltar autorização legal para tanto. Não se desconhece das recentes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado. É sabido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 11.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, entendendo que se deve observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal. No caso dos autos, a despeito das circunstâncias desfavoráveis, não há que se cogitar do afastamento do regime inicial fechado, que se encontra justificado pela gravidade objetiva do delito. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Com efeito, o crime de tráfico ilícito de drogas permanece assemelhado aos hediondos, merecendo, destarte, um tratamento mais rigoroso e, por expressas disposições legais, deve ser cumprido inicialmente em regime fechado, como bem fixado na sentença, vedando-se qualquer outra modalidade mais branda. (...)” (Apelação 2238178-49.2011.8.19.0021 – Rel. Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO – 2ª. Câmara Criminal – TJRJ – Julgamento: 15/04/2014).*

Além disso, a quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da prisão, estão a justificar a fixação do regime fechado, como melhor forma de ressocialização e reeducação do acusado e como resposta à sociedade.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o *quantum* de pena finalizada, superior a 4 anos de reclusão.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO** e de **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO** para, mantida a condenação pelo delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, tornar as penas definitivas em **5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) DM, no valor unitário mínimo legal**, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2016.

(data do julgamento)

Rio de Janeiro, 06 de outubro de 2016.

(data da entrega)

**DESEMBARGADORA KATIA MARIA AMARAL**

**RELATORA**