



Banco do  
Conhecimento



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

Banco do Conhecimento/ Jurisprudência/ Pesquisa Seleccionada/ Direito Penal

Data da atualização: 06.08.2018

## Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

**0002838-23.2017.8.19.0063** - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 26/06/2018 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTS. 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DAS DEFESAS. Preliminarmente as defesas sustentam nulidade do flagrante, por violação de domicílio e por prova obtida por meio ilícito. Em recente decisão no RE 603.616 15 de outubro de 2015-, o STF, em sede de repercussão geral, definiu que o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial apenas se revela legítimo, em qualquer período do dia (inclusive durante a noite) quando tiver suporte em razões devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto e que indiquem que no interior da residência esteja a ocorrer situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade penal, cível e disciplinar do agente ou da autoridade, ademais da nulidade dos atos praticados. O cerne da questão foi a interpretação da possibilidade de prisão em flagrante, sem mandado judicial, em caso de "crime permanente" (artigo 303 do Código de Processo Penal), em face do parágrafo XI do artigo 5º da Constituição (cláusula pétrea), segundo o qual "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial." Na esteira da decisão supramencionada, a ilicitude do ingresso forçado na esfera domiciliar tem sido afastada pelo fato de que o tráfico de drogas configura crime permanente, pelo que o ingresso dos policiais no interior do imóvel sem a devida autorização estaria juridicamente justificado, quando evidenciado o estado de flagrância. Dito de outro modo, a decisão nos aponta que falta de mandado judicial para o ingresso na residência não invalidaria a prova obtida, já que o réu estava em situação de flagrante delito, hipótese autorizada pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal, citando-se, inclusive, precedentes do STF (HC 86.082-6) e do STJ (HC 188.195), no mesmo sentido. Ocorre, no entanto, que o art. 302 do Código de Processo Penal, nos apresenta três hipóteses de flagrantes possíveis. Confira: Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Acrescenta-se, ainda, a previsão do art. 303 do CPP quanto ao flagrante em caso de crime permanente, onde se entende o agente em flagrante delito

enquanto não cessar a permanência delitiva do agente. Como é o caso do crime de tráfico de drogas tratado nos autos. Nesse caminho, não se cabe falar em violação de domicílio no caso em concreto, já que encontrado drogas no "domicílio" do réu. Também preliminarmente, alega a defesa de Jefferson que a sentença deve ser cassada, sustentando que a deficiência probatória é notória. Sem razão. O sentenciante fundamentou sua decisão pela condenação de Jefferson, não havendo de se falar em deficiência probatória notória. Quanto ao mérito materialidade e autoria fartamente comprovada, quanto ao acusado José Maurício, até mesmo pela sua confissão espontânea em Juízo. Todavia, o mesmo não ocorre com o acusado Jefferson. Em nenhum momento Jefferson foi visto em posse das drogas ou entregando esta ao corréu. O que se tem são relatos de denúncias anônimas e, em tese, informes de ocorrências anteriores. A questão é complexa, no entanto a prova carreada aos autos é robusta não apenas em relação à materialidade como também no que diz respeito à comprovação da autoria delitiva em relação a José Maurício, mas não em relação a Jefferson. Caberia a acusação fazer a prova de que Jefferson teria de fato entregue a droga a José Maurício, o que não fez. Vale dizer, não bastam para uma condenação apenas indícios e presunções, sendo indispensável que a prova constitua uma lógica a permitir a certeza do tipo praticado. Desta feita, a absolvição de Jefferson quanto ao crime de tráfico de drogas é impositiva. Verifica-se também que não há motivos suficientes a sustentar a condenação dos apelantes 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, que não restou comprovado nos autos, devendo-se absolver os apelantes da imputação do crime de associação para o tráfico. Dosimetria do réu José Maurício, quanto à sua condenação pelo crime de tráfico de drogas, que merece reparo. A pena-base foi fixada no mínimo de 05 anos de reclusão e 500 D-M, o que se mantém. Ausentes circunstâncias agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea, sem reflexo na pena ante ao disposto na Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, cabível o reconhecimento do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Não cabe ao magistrado inferir que o agente é dedicado às atividades criminosas e sim à acusação provar tal alegação, o que não se vê nos presentes autos. E, ademais, Jefferson foi absolvido pelo crime de associação para o tráfico de drogas, por força do presente julgado. Note-se que a atividade criminosa que se refere à legislação não pode ser relativa ao próprio tráfico, sob pena de nenhuma pessoa que venha a ser presa traficando ter direito ao aludido benefício. Assim, a inexistência de investigação anterior ou prova nos autos que aponte o réu 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. Desta forma, reconhece-se o benefício e reduz-se a pena na fração máxima de 2/3 (dois terços). Fica a pena final de José Maurício fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Tendo em vista a nova dosimetria da pena, necessário se faz alterar o regime inicial prisional fixado pelo magistrado de piso. Assim sendo, como a pena corporal de José Maurício restou fixada, por força do presente julgado, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 01 (um) ano de detenção, cabe, pelo art. 33, § 2º, "c" do CP, o regime

inicial aberto. 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 apelante José Maurício, mantenho o regime aberto. Consolidada a sanção criminal cabível no patamar ora fixado, é devida a substituição da reprimenda corporal por medida alternativa à prisão, uma vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade, prevista nos artigos 44 e 33, §4º, ambos da Lei 11.343/06, além de ter sido suspensa a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 pela Resolução nº 05/2012 do Senado Federal (Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.). Por tudo isto, presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, concede-se a José Maurício a substituição da pena privativa de liberdade, por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, pelo tempo remanescente da pena. RECURSO DE JOSÉ MAURÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DE JEFFERSON PROVIDO.

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 26/06/2018

=====

**0001288-95.2014.8.19.0063** - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 22/03/2018 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal. Tráfico privilegiado. Reprimenda de 04 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 410 dias-multa no valor mínimo legal. Recurso da defesa pugnando pela detração do tempo em que a recorrente permaneceu presa cautelarmente, diminuição da pena base aquém do mínimo legal considerando a confissão da apelante, reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e regime aberto. Prova indubitosa da autoria e materialidade do tráfico de drogas, o que se evidencia pelo relato dos policiais que efetuaram a prisão e pelo laudo pericial que atestou tratar-se Cannabis Sativa L., a substância apreendida. A ré confessa em sede judicial a prática da mercancia de entorpecente. Conforme Súmula 231 do STJ é impossível a fixação de pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, por conta da incidência de circunstância genérica atenuante. Quanto à causa de redução do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, o douto magistrado reconheceu preenchidos os requisitos legais invocando o princípio do in dubio pro reo em favor da ré porquanto não haveria prova de que estivesse ela comercializando de longa data a droga. Porém, aplicou sem qualquer motivação o redutor no patamar mínimo. Destaque-se que a ré foi presa dentro de sua própria residência em poder do entorpecente, confessou que adquiriu o material em São Paulo para revender sob justificativa de que teria vencido seu contrato de trabalho e ficou desesperada sem dinheiro para sustentar a filha. Verdade ou não a motivação declinada pela ré, o fato é que ela é primária, sem antecedente criminal, não havendo prova concreta de que fazia o comércio ilícito com habitualidade ou com vínculos com organização criminosa. Portanto, faz jus ao patamar máximo justamente porque milita em favor a dúvida. Feitas tais considerações, a pena final aquietando-se 01 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal. De acordo com o art. 52, inciso X da Constituição Federal, o Senado Federal suspendeu, através da Resolução nº 5 de fevereiro de 2012, expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. E, por consequência, autorizou pena alternativa

para o tráfico, tais como prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Dessa forma, aplica-se ao tráfico a benesse do art. 44 do CP. Pedido de isenção de custas e taxa judiciária, e detração da pena, deverão ser renovados no Juízo da VEP. Expeça-se alvará de soltura. Provedimento parcial do recurso.

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 22/03/2018

=====

**0007195-97.2015.8.19.0004** – APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA - Julgamento: 23/05/2017 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO - Art. 33 caput e 35 caput ambos da Lei 11343/06, n/f do art. 69 do CP ( CRISLEY)- crime de tráfico de entorpecentes: 05 anos e 04 meses de reclusão e 533 dias multa; crime de associação para o tráfico: 03 anos e 04 meses de reclusão e 777 dias- multa. As penas somadas, na forma do art. 69 do CP, totalizaram: 08 anos e 08 meses de reclusão e 1310 dias multa, em regime inicial fechado. e Art. 33, §4º da Lei 11343/06 ( DAVID) : 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias- multa - Regime fechado - Substituída a PPL por duas PRD's. Os apelantes, em comunhão de ações e desígnios entre si, traziam consigo, de forma compartilhada, para fins de comércio I) 1,3 kg de maconha em 568 sacos plásticos, sendo que destes 545 continham as seguintes inscrições "A.D.A. O MELHOR DO BAIRRO MACONHA COMPLEXO DITA, TRONCO, UVA R\$ 5.00" (II) 135 g de Cocaína em 52 frascos tipo "eppendorf e 70 sacos com as inscrições "CAPA PRETA R\$ 25 DITA, TRONCO, UVA", bem como (III) 125 g de CRACK em 280 sacos plásticos com as inscrições "A.D.A. CRACK COMPLEXO DITA, TRONCO, UVA R\$ 10.00". Os apelantes e a corré, livres e conscientemente, associaram -se a outros traficantes não identificados, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes na Comunidade da Dita.I) Incabível o pleito perseguido por CRISLEY no sentido de ser absolvida do delito tipificado no artigo 35 da Lei 11343/06. Autoria e materialidade cabalmente comprovadas. Há condenação pelo crime de tráfico em outro processo referente a fato ocorrido meses antes destes autos, embora sem o trânsito em julgado, denota o envolvimento com a traficância local. Troca de tiros no momento da prisão em flagrante - Depoimentos dos policiais harmônicos e coerentes - Súmula 70 do ETJERJ - O tipo do art. 35 da Lei 11.343 se trata de crime formal e intencional, de perigo abstrato, bastando, para a violação do tipo penal, que haja ânimo associativo entre os agentes, consubstanciado no firme acordo de vontades para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas.II). Improperável o pleito da apelante CRISLEY de redução das penas no mínimo legal: Andou bem o D. Juiz sentenciante ao fixar a pena-base acima do mínimo legal considerando as condições desfavoráveis da ora apelante especialmente com relação à anotação criminal em sua FAC. Não se pode dar tratamento igualitário para aquele que nunca se envolveu com qualquer ilícito e para quem faz do atuar criminoso um meio de vida, demonstrando, inclusive, ter má índole. Isto seria inconstitucional, por atingir o princípio da proporcionalidade. O D. Juiz a quo deixou de considerar a expressiva e variada quantidade de entorpecentes apreendida que também autorizaria a majoração da pena-base em conformidade com o estabelecido no art. 42 da Lei 11.343/06.III) Não merece prosperar o pleito da apelante CRISLEY da aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da lei 11343/06 para ambos : Não atende aos requisitos impostos pela Lei - Comprovada a dedicação à atividade criminosa - Impossível tal concessão.IV) Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para a apelante CRISLEY: Embora seja possível em razão da Resolução nº 05/2012 do Senado Federal fica autorizada se preenchidos os requisitos objetivos e

subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal. No presente caso, não houve o preenchimento das condições que permitissem a concessão do benefício.V) Incabível o pleito de fixação de regime mais brando para a apelante CRISLEY e para o apelante DAVID.. O D. Juiz sentenciante fixou o regime fechado para o início do cumprimento de pena relativamente à condenação da apelante, com base no disposto no art. 33, §2º e §3º e também no parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº. 8.072/90, e, neste último, com relação ao apelante DAVID, se revogada a substituição da PPL em PRD's - Não se desconhece as recentes decisões emanadas dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, somente a hediondez do delito não justifica a imposição do regime inicial fechado. Mesmo agora que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90 (redação dada pela Lei nº 11464/07) (STF, Rel. Min. Dias Tóffoli, HC 111840/12, julg. em 27.06.2012), deve ser levado em conta que a referida decisão, feita de maneira incidental, não gerou efeito erga omnes e não submete os órgãos jurisdicionais inferiores até expressa manifestação do Senado Federal, sob pena de violação ao comando contido no art. 52, X, da CRFB.VI) Quanto ao pleito da apelante CRISLEY de apelar em liberdade. Se a sentença não lhe concedeu o direito de apelar em liberdade e expressa a necessidade da custódia cautelar, não se vislumbra qualquer ofensa ao status libertatis da ora apelante, que foi presa em flagrante delito, permaneceu presa durante toda a instrução processual, foi condenada, tendo sido mantida a custódia cautelar.- Súmula nº 9 do STJ -As condições favoráveis alegadas pela Defesa não impedem a manutenção da custódia cautelar se existirem outros motivos que a justifique como o presente caso, agora condenada a pena de 08 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado.VII) Descabido o pleito de declaração de inconstitucionalidade do art. 59 do Código penal e do art. 44 da lei 11.343/06, este último na parte em que veda a substituição da PPL em PRD. Desde o ano de 2012, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em sede de tráfico de entorpecentes, tem amparo na Resolução nº 5/2012 do Senado Federal, a qual suspendeu a execução da expressão "vedada à conversão em penas restritivas de direitos", contida no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. A mesma expressão já tinha sido declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, de 2010. Quanto ao art. 59 da Lei 11.343/06, a sua inconstitucionalidade só pode ser apreciada pelo órgão colegiado competente, não cabendo a esta Relatora ou à Câmara Criminal tal exame, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 e na Súmula Vinculante 10, do STF.VIII) Quanto aos prequestionamentos formulados pelas Defesas dos apelantes CRISLEY e DAVID RICARDO bem como pelo Ministério Público: Não é possível prequestionar apontando apenas os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, sem demonstrar qual teria sido a alegada violação. Mostra-se, pois, os prequestionamentos injustificados, buscando-se somente abrir o acesso aos Tribunais Superiores, mas tal tentativa mostra-se debalde, porque ditos dispositivos não foram violados. Manutenção da sentença. - DESPROVIMENTO dos RECURSOS DEFENSIVOS.

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 23/05/2017

=====

**0005004-62.2015.8.19.0042** - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). ADRIANA LOPES MOUTINHO - Julgamento: 09/03/2016 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS PARTES. MP SE INSURGE CONTRA A INCIDÊNCIA DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 E REGIME. DEFESA BUSCANDO A

SUBSTITUIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA POR PENA PECUNIÁRIA E, SUBSIDIARIAMENTE, PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. 1. O Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Três Rios, em sentença da lavra da Doutora Anna Luíza Campos Lopes Soares, condenou o réu RUBENS MARCIANO DOS SANTOS JÚNIOR como incurso nas sanções previstas no art. 33 da lei 11.343/06, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, por 302 horas (trezentas e duas horas), nos termos do art. 46 do CP, junto à entidade a ser designada posteriormente, por 08 (oito) horas semanais, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, bem como em limitação de fim de semana, devendo o réu ser recolhido em casa de albergado ou estabelecimento congênere, nos fins de semana, pelo período de 10 meses. 2. As partes recorreram da sentença. O Ministério Público requer a reforma, em parte, da decisão para: I - excluir a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06; II - revogar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; III - fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena. A Defesa, a seu turno, em preliminar, requer o não conhecimento do recurso ministerial em razão do fenômeno da preclusão lógica. No mérito, pede a substituição da pena restritiva de direitos relativa à limitação de final de semana por outra pena restritiva de direito, qual seja, a multa. Subsidiariamente, requer que a limitação de final de semana se dê em prisão domiciliar, considerando que na localidade onde reside o recorrente não existe Casa de Albergado. 3. Os recursos são tempestivos e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade, cumprindo ressaltar, no que tange à alegada preclusão lógica, que não se verifica de toda a argumentação expendida pelo Ministério Público, aquiescência à incidência da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, tampouco em relação à aplicação do disposto no artigo 44 do Código Penal. Antes, seus articulados rivalizam, em seu conjunto, com a adoção de tais institutos. 4. Autoria e materialidade restaram sobejamente demonstradas pelos seguros e coesos depoimentos prestados tanto em sede inquisitorial, quanto em Juízo, bem como pelo auto de apreensão das drogas e demais materiais encontrados, laudo de exame prévio de material entorpecente (indexador 00016), Laudo definitivo (indexador 00085), cumprindo ressaltar que o acusado admitiu os fatos. O Réu, como antes destacado, confirma que se encontrava na posse de todo o material apreendido com a finalidade de tráfico. No entanto, afirma que não chegou a vender o entorpecente. Assim, em seu recurso, não pleiteia absolvição, mas, tão somente, a substituição de uma das restritivas de direito que lhe foram impostas em substituição à pena privativa de liberdade. 5. O Ministério Público se insurge contra a sentença no que se refere à incidência da causa especial de diminuição prevista no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11343/06, a aplicação do artigo 44 do Código Penal, bem como no que concerne ao regime prisional fixado, entendendo que o regime adequado à espécie é o fechado. Argumenta que, para se beneficiar da causa de diminuição prevista no artigo 33§4º, da Lei 11.343/06, não basta ao Réu ser primário, ter bons antecedentes e não integrar organização criminosa, já que o benefício legal é destinado àqueles que não fazem do comércio de entorpecente o seu meio de vida, ou seja, aquele que a jurisprudência vem denominando de traficante ocasional ou esporádico. Ressalta que, no caso dos autos, o réu se dedicava à atividade criminosa, havendo notícia de seu envolvimento pretérito no comércio de entorpecentes, além de terem sido encontrados em sua residência expressiva quantia em dinheiro, uma balança de precisão e relevante quantidade de drogas (164 gramas de cocaína). Assevera, também, que o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, argumentando que, embora a Resolução nº 05/2012 do Senado tenha suspenso a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do §4º do artigo 33 da Lei 11.3413/06, tal suspensão não significa a possibilidade automática de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos,

mas sim que, como em todos os demais crimes que não possuem vedação constante do dispositivo suspenso, devem ser preenchidos os requisitos legais constantes do artigo 44 do Código Penal. Sustenta que a substituição feita não é suficiente à repressão e prevenção da conduta sob comento, devendo, ainda, ser fixado o regime fechado para cumprimento de pena. Formula prequestionamento com vistas a eventual manejo de recurso aos tribunais superiores. 5.a. APLICAÇÃO DOS TERMOS DO ART. 33, §4º DA LEI nº 11.343: Compulsando-se todos os elementos coligidos nos autos, entendo que razão assiste ao Ministério Público. De acordo com o Réu, o mesmo, no desespero, diante de dificuldades financeiras, acabou comprando todo o material para vender entorpecentes. Afirmou que comprara o material há apenas dois dias, que todo o material veio junto (ou seja, como disse a Magistrada a quo ao interrogá-lo, "um kit"), pagando pelo mesmo R\$2.850,00, mas que não chegou a efetivar qualquer venda. Disse, também, que não sabe como embalar a droga, o preço de venda e nem sabia onde iria vender o entorpecente. Primeiramente, registre-se que a diligência na casa do Réu não foi ensejada por qualquer motivo outro que não a suspeita de seu envolvimento com a venda de drogas, o que estaria fazendo na própria residência. Vale dizer, o encontro do material na casa do réu não decorreu de uma "fatalidade", ou de um acaso do destino: ao contrário, a Polícia para lá se dirigiu ante a suspeita de seu envolvimento com a venda de drogas. E a suspeita de que o Réu estaria realizando a venda de entorpecentes adveio, segundo seguramente consta dos autos, de dois fatos: denúncia feita por moradores do local ao também morador dali, o Policial Marco Aurélio, as quais pareciam estar confirmadas pelo movimento de pessoas na residência do acusado presenciado pelo mesmo Policial, seu vizinho. Diante disto, o referido Policial procurou o Serviço Reservado de seu Batalhão, ocorrendo, assim, a diligência no local, da qual participaram inclusive Policiais da P2 e o Comandante, um Sub-Tenente. E, quando desta diligência, foram encontrados na residência do Réu os seguintes bens (indexadores 00024 c/c Laudos - indexadores 00016 e 00085): -167g de cocaína, distribuídos em 07 (sete) buchas envolvidas com fita adesiva de cor marrom, cada uma com pedra branca em seu interior; -01 balança de precisão branca; -03 (três) rolos de fita adesiva; -100 (cem) embalagens plásticas do tipo "sacolés" Ora, diante do fardo material apreendido, acima relacionado, penso que as denúncias recebidas pelo Policial Marco Aurélio restaram confirmadas pelo resultado da diligência, tudo corroborado pela segura afirmação feita pelo Policial Marco Aurélio, vizinho do Réu, repita-se, em sede policial. Destaque-se, novamente, o seguinte trecho de seu depoimento à Autoridade Policial: "(...)quando chamou seu companheiro, ANDERSON ARAUJO JOSE, para conversar, e nesse momento contou as informações que sabia, uma vez que os moradores do bairro de Santa Rosa, acusavam RUBENS MARCIANO DOS SANTOS JUNIOR, de vender drogas na região a algum tempo, e que agora o acusado passou a ser vizinho do comunicante, que percebeu que as denúncias feitas anteriormente eram verdadeiras, já que percebeu por diversas vezes um movimento constante de viciados no local, e que teria certa quantidade de entorpecente na casa do mesmo.(...)" E tal informação foi por ele dada aos colegas de Farda, inclusive do Serviço Reservado, como por eles confirmado em Juízo, e, também, perante a Autoridade Policial, como já destacado. A tal respeito, destaque-se, mais uma vez, trecho das declarações prestadas em Juízo pela Policial Militar que integra o Serviço Reservado e que participou da diligência, sobre os questionamentos que fez à companheira do Acusado após achar o material apreendido: "(...)após perguntada pela declarante, a esposa do réu disse que não sabia; a declarante perguntou "mas, e a movimentação de pessoas na sua casa, de vindo aqui toda hora, chamar seu marido toda hora, você não tem conhecimento?!", tendo ela respondido que tinha, mas que achava que era coisa de trabalho dele e que ele trabalhava em alguma coisa de mecânica;(...)" Foram ouvidas duas testemunhas de Defesa. Embora a Sra. Cláudia afirme que não via movimentação de pessoas na casa do Réu, disse, também, que : "mora no local há um ano; que não vê movimentação de pessoas na casa do réu, pois o horário da declarante sair para rua é quando vai varrer a

calçada, varre a calçada e entra;" Ora, então, tal depoimento não serve a confirmar a versão do acusado. No que tange ao Sr. Paulo, registre-se que o mesmo reside em Minas Gerais, tanto que foi ouvida por Carta Precatória. Por outro lado, não nos parece razoável que alguém que intencione entrar para o comércio de drogas de forma autônoma, e que, segundo alega, não sabe como embalar drogas, a que preço vendê-las e onde comercializá-las, tenha dispendido quase três mil Reais para a aquisição do material referido. Veja-se a substancial quantidade de entorpecente, e, ainda tratar-se de droga cara, cujo manuseio para pesagem e endolação é mais sofisticado e trabalhoso. Veja-se, também, que foram apreendidas centenas de embalagens para endolação e três rolos de fitas adesivas. Observe-se que foram apreendidos 167g de cocaína. As embalagens de tal entorpecente vendidas no varejo normalmente contém 0,2g ou 0,4g. Assim, com a quantidade de cocaína apreendida, seria possível confeccionar cerca de 835 (oitocentos e trinta e cinco) embalagens de 0,2g ou cerca de 417 (quatrocentos e dezessete) embalagens de 0,4g!! Ora, repita-se, parece-me muito material - e muito caro - para um iniciante, sobretudo para aquele que, repita-se por relevante, afirma não saber endolar, onde vender e por quanto vender. Também curioso que este iniciante, desesperado com dívidas, segundo alega, tenha, nas circunstâncias acima, gasto tanto dinheiro com a aquisição do material, mesmo sem saber, repita-se mais uma vez, como se endola, onde se vende e por quanto se vende a droga. Investimento alto demais para um iniciante, sobretudo para um iniciante endividado e desesperado com suas dívidas. Por outro lado, registre-se que, segundo o Réu, o mesmo nunca havia usado drogas... E o próprio Réu afirma que parte do dinheiro que teria recebido da venda do terreno foi utilizada para pagamento do licenciamento de seu automóvel, despesa que, penso, não seria prioridade... Finalmente, se a versão do Réu, no sentido de que ainda nada havia vendido fosse verdadeira, forçoso seria reconhecer ser no mínimo curioso que estivesse guardando o material em lugar ao alcance dos olhos e das mãos de qualquer um que entrasse na sua casa - sobre um pequeno armário da cozinha. Destaque-se, mais uma vez, o teor das declarações prestadas pela Policial Militar integrante da P2, que participou da diligência: "(...)após perguntada pela declarante, a esposa do réu disse que não sabia; a declarante perguntou "mas, e a movimentação de pessoas na sua casa, de vindo aqui toda hora, chamar seu marido toda hora, você não tem conhecimento?!", tendo ela respondido que tinha, mas que achava que era coisa de trabalho dele e que ele trabalhava em alguma coisa de mecânica; a declarante perguntou "mas o material que está aqui na cozinha bem à vista, muito próximo, um armário de cozinha muito pequeno, não é você que limpa a sua casa?"(...)". Parece-me evidente, pois, que os fatos relatados pelo SD M Aurélio, como ensejadores da diligência, são reais e não invenção daquele Policial. Do contrário, como explicaria o Réu aquela diligência em sua casa? Tudo isto, com a devida vênia, evidencia que o Réu, como sustenta o Ministério Público, estava, sim, dedicado à atividade criminosa do narcotráfico, não se tratando de traficante ocasional ao qual se destina o benefício previsto pelo legislador no §4º do art 33 da Lei específica. Assim, as circunstâncias do caso concreto não permitem, realmente, a meu ver, a concessão do benefício de lei, de modo que se impõe seja dado provimento ao recurso ministerial. Desta forma, afastando o benefício, ou seja, a redução prevista no referido dispositivo legal e aplicada pela Magistrada a quo, a pena fixada na fase anterior deve ser restabelecida, qual seja, 05 (cinco) anos de Reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, a qual se torna definitiva na ausência de causas especiais e gerais de diminuição e aumento. 5.b. REGIME PRISIONAL: Considerando a pena definitiva aplicada, impõe-se, de fato, rever, também, o Regime aplicado pela Magistrada a quo (Aberto). Considerando o farto material apreendido e o fato de que se tratava de cocaína, penso que se impõe, também como requer o M.P. a fixação do Regime Fechado, eis que a fixação do regime guarda relação, assim, com a necessidade de maior ou menor rigor no acompanhamento do cumprimento da reprimenda imposta ao apenado. E, diante

de todo o destacado neste Voto, não há dúvidas de que se deve acompanhar maior rigor o cumprimento da pena pelo Réu. As sanções básicas e o regime prisional possuem finalidades distintas, apesar de determinados com base nos mesmos critérios de avaliação, ou seja, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. Por isso, a existência do inciso III, do art. 59, do Código Penal, onde o legislador determinou ao magistrado a escolha do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade como etapa seguinte a do inciso II, do mesmo artigo (quantificação da mesma). A propósito, cumpre trazer à colação trecho do voto do Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 20 de maio de 2004, do Habeas Corpus nº 28.295-0, 6ª Turma: "... Sem que haja dissídio qualquer, é segura, no direito penal vigente, excluída a hipótese da alínea "a" do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, inserta no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente". 6. RECURSO DEFESIVO: Considerando o provimento integral do recurso interposto pelo Ministério Público, a análise dos argumentos defensivos, que se limitam à substituição de uma das restritivas de direitos impostas na Sentença, encontra-se prejudicada. 7. DADO INTEGRAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL para, afastando a aplicação do benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabelecer a pena definitivamente em 05 (cinco) anos de Reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, fixando-se o REGIME FECHADO para o início do respectivo cumprimento, devendo-se expedir o competente Mandado de Prisão tão logo se opere o trânsito em julgado, DESPROVENDO-SE, por via de consequência, o RECURSO DEFENSIVO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 09/03/2016

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 30/03/2016

=====

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

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

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

EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, POR ALEGADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE REQUER: B) A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3) DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI ANTIDROGAS; C) A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO, PARA O CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA; D) A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, POR RESTRITIVA DE DIREITO. POR FIM PREQUESTIONA TODA A MATÉRIA ARGUIDA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. Ab initio, convém gizar-se que, a norma do art. 35 da Lei 11343/2006, exige determinados requisitos para sua configuração. Em assim sendo, não pode a denúncia ser genérica e abstrata devendo descrever, com precisão, quais as condutas que caracterizam a participação ou contribuição de cada indivíduo na associação, especificando os fatos que demonstrem, o liame subjetivo entre os associados, bem como o status de durabilidade e estabilidade da mesma, com o desiderato de praticarem o comércio ilícito de drogas (especial fim de agir - dolo específico). É imperioso frisar que, em matéria de responsabilização penal, não viceja na seara probatória, as presunções (juris et de jure e juris tantum), assim como a presunção hominis, as conjecturas, as probabilidades, as possibilidades e as suposições, devendo a denúncia especificar, concretamente, todas as circunstâncias quanto aos fatos configuradores do delito de associação previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, com elementos indicadores da alegada associação, sob pena de ser tida como inepta, por violação ao comando do artigo 41 do CPP, ficando, ademais, a cargo do órgão acusador o ônus de provar sua existência, a teor da norma contida no art. 156, 1ª parte do mesmo pergaminho legal. Destarte, é contraproducente presumir-se (presunção hominis) a culpabilidade do réu baseando-se no fato de que se este foi abordado na posse de entorpecentes em localidade que seria dominada por facção criminosa, ipso facto seria à mesma associado. Por certo, prestigiar-se tal tese recursal ministerial, estar-se-á admitindo a responsabilidade penal objetiva com a desoneração do membro do Ministério Público de desincumbir-se de provar os fatos articulados na denúncia. Na hipótese dos autos, os policiais militares Willian da Silva Medeiros e Fabio de Almeida Ramalho, declararam que durante patrulhamento de rotina, perceberam que o ocupante de uma motocicleta, ao avistar a viatura policial, se evadiu, empreendendo fuga do local. Salientaram, os brigadianos, que cerca de meia hora depois, avistaram a referida moto parada na localidade conhecida como Pantanal. Relataram que neste momento o réu passava pelo outro lado da calçada, e ao perguntarem se o veículo era dele, o mesmo respondeu, com arrogância, que era sim, quando então resolveram abordá-lo e revistá-lo, encontrando em um dos bolsos um celular e a quantia de R\$ 300,00 e, no outro bolso, a droga apreendida, dando-lhe, então, voz de prisão, momento em que o acusado resistiu e fugiu, vindo a ser capturado alguns metros depois, na porta da sua casa, quando chamava pela mãe, que tentou impedir a prisão do filho. Asseveraram, ainda, os brigadianos, que não conheciam o acusado, que o mesmo não estava com rádio transmissor, e que não poderiam afirmar que na rua onde efetuaram a abordagem teria venda de drogas, mas sim próximo ao local. Observa-se, pois, que os depoimentos dos policiais militares nominados, não se mostram sólidos e seguros o bastante, de molde a evidenciar a existência do animus associativo, com caráter de estabilidade e permanência, necessários à configuração do crime de associação para o tráfico, sendo neste aspecto a prova fraca, insuficiente e inapta, afastando o juízo de certeza exigível à imposição de um édito condenatório em desfavor do réu, Maxwell Marques de Paula. Insta registrar que, não são bastantes um ou dois indícios para condenar-se pelo delito de associação ao tráfico. Ao reverso, faz-se mister um conjunto deles para tanto. Precedentes. De outro lado, não há que se cogitar de status constitucional da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15.11.2000, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29.05.2003, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12.03.2004. Com efeito, o Estado Brasileiro está dotado de moderníssimas legislações, tanto contra o Crime Organizado (Lei nº 12.850, de 02.08.2013) como

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

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

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

=====

**0044937-30.2010.8.19.0038** - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). SUIMEI MEIRA CAVALIERI - Julgamento: 10/06/2014 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. PRETENSÃO DEFENSIVA. ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA DESCABIMENTO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVBA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. ACOLHIMENTO. 1) Materialidade e autoria plenamente comprovados nos autos, para o crime de tráfico de entorpecentes, razão pela qual se torna incabível a absolvição. 2) Por outro lado, no que tange a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com a edição, pelo Senado Federal, da Resolução n.º 05/2012 - publicado no DOU de 16.02.2012 - suspendendo a execução da expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343, a qual vedava, in abstrato, a conversão em penas restritivas de direitos, não mais existe a impossibilidade legal para a aplicação do benefício. No caso em apreço, superada a vedação da Lei de Drogas, inexistente nos autos elemento a contraindicar a substituição da pena, estando o condenado a preencher os requisitos autorizadores do art. 44 do Código Penal. Trata-se de réu primário que teve reconhecidas as circunstâncias judiciais favoravelmente. Além disso, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e, uma vez reconhecida à causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, sua pena não ultrapassou o patamar de quatro anos. Em razão da substituição operada, fica prejudicado o pedido alternativo de aplicação do sursis. 3) Nada obstante, importaria em verdadeira contradição reconhecer a presença de condições favoráveis à substituição da reprimenda e, no mesmo passo, fixar regime inicial de cumprimento de pena diverso do aberto, malgrado a vedação disposta no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Assim se infere em virtude, notadamente, dos termos dos artigos 33, §3º e 44, III, do Código Penal, ambos a estabelecer critério de fixação de regime prisional que remete à análise das circunstâncias judiciais. Provimento parcial do recurso.

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 10/06/2014

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 26/08/2014

=====

**0086296-66.2013.8.19.0001** - APELAÇÃO - 1ª Ementa

Des(a). MARCUS QUARESMA FERRAZ - Julgamento: 28/05/2014 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL

Tráfico de entorpecentes. Artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Pena: 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos de prestação de serviços comunitários ou a entidades públicas, a serem estipulados pelo Juízo da Execução, e fixado o regime aberto para a hipótese de reversão. Apelo ministerial: a) estabelecimento do regime fechado; b) afastamento da aplicação do artigo 44 do Código Penal. Correta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e bem assim o estabelecimento do regime aberto, em caso de descumprimento, considerando ser os réus primários e portadores de bons antecedentes, bem assim o quantum da pena de prisão, e que todas as demais circunstâncias não os prejudicam. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o habeas corpus nº 97.256/RS, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 44, parte final, da Lei de Drogas, tendo a Resolução nº 5, de 15 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, resolvido o seguinte: "É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS". Inexistência de óbice legal. Improvimento do apelo ministerial, e correção da pena, de ofício, para transformar uma das prestações de serviços comunitários ou a entidade pública em 10 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo.

**Íntegra do Acórdão** - Data de Julgamento: 28/05/2014

=====

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

Elaborado pela Equipe do Serviço de Pesquisa e Análise de Jurisprudência (SEPEJ) e  
Disponibilizado pela Equipe do Serviço de Captação e Estruturação do Conhecimento (SEESC) ambos da  
**Divisão de Organização de Acervos do Conhecimento (DICAC)**

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