Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
46
Carimbado Eletronicamente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO Nº 0800435-47.2024.8.19.0081
APELANTES: SUELLEN APARECIDA MAXIMIANO, EMERSON CRISTIANO FERRAZ DA SILVA E RARY GEERT DIAS VEENHUIS
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATORA: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

APELAÇÕES DEFENSIVAS. ARTIGOS 33, *CAPUT,* E 35 DA LEI 11.343/06. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. RÉ SUELLEN REPRESENTADA PELA MESMA ADVOGADA EM AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ARTIGO 266 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRENTE INTIMAÇÃO PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ACUSADA QUE FORNECE ENDEREÇO ERRADO A ENSEJAR A FRUSTRAÇÃO DA DILIGÊNCIA PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. DEFESA TÉCNICA PRESENTE NO ATO. FALTA DE AVISO DE MIRANDA ANTES DA CONFISSÃO INFORMAL. INAPLICABILIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO EM ABORDAGEM POLICIAL. INCIDÊNCIA NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL. ADMISSÃO INFORMAL NÃO FOI UTILIZADA COMO FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DOMÍCILIO. RÉU EMERSON PRESO EM FLAGRANTE COM DROGAS. INFORMAÇÕES QUE LEVARAM AO INGRESSO NO DOMICÍLIO DOS OUTROS RÉUS. CONSENTIMENTO PARA ENTRADA. NÃO IMPUGNADO EM DELEGACIA OU EM JUÍZO PELOS ACUSADOS. NATUREZA PERMANENTE DO CRIME E DO RESPECTIVO FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETO CONDENATÓRIO. ESCORREITO EM PARTE. CADERNO PROBATÓRIO HÁBIL A JUSTIFICAR A

DENISE VACCARI MACHADO PAES:15622 Assinado em 25/03/2025 21:34:52
Local: GAB. DES(A) DENISE VACCARI MACHADO PAES

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
47
Carimbado Eletronicamente

PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL EM FACE DE EMERSON E SULLEN PELO DELITO DO ARTIGO 33, *CAPUT* DA LEI 11343/06. RÉUS PRESOS EM FLAGRANTE PORTANDO, OU ARMAZENANDO, NA RESIDÊNCIA, QUANTIDADE DE DROGAS ACONDICIONADAS PARA A MERCANCIA. ABSOLVIÇÃO DE RARY. MATERIAL DE ENDOLAÇÃO QUE NÃO CONSUBSTANCIA DROGA PARA FINS DE TIPIFICAÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RESPOSTA PENAL. AJUSTE. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DO RECRUDESCIMENTO, SOB OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DE SUELLEN PARA O SEMIABERTO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

DAS PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DA ADVOGADA DA RÉ SUELLEN. A atuação da Advogada em todas as fases da instrução, inclusive, na Audiência de Custódia, sem qualquer impugnação pela ré, que estava presente, e na Audiência de Instrução, demonstra a constituição válida da defesa, sendo desnecessária a formalização de mandato, nos termos do artigo 266 do Código de Processo Penal interpretado à luz da atual sistemática processual. **FALTA DE INTIMAÇÃO PARA COMPARECIMENTO DE SUELLEN À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO.** Ficou demonstrado que a própria acusada foi a responsável pela frustração das tentativas de intimação, ao fornecer ao Juízo logradouros e números divergentes e não atualizados, sendo inaplicável a alegação de omissão judicial diante do disposto no artigo 367

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
48
Carimbado Eletronicamente

do Código de Processo Penal, que impõe à parte o dever de manter seu endereço atualizado. **DA AUSÊNCIA DE AVISO DE MIRANDA ANTES DA CONFISSÃO INFORMAL.** Não prospera a alegação defensiva de nulidade por ausência de Aviso de Miranda, pois os réus foram cientificados de seus direitos constitucionais no Auto de Prisão em Flagrante e optaram pelo silêncio, não tendo suas supostas confissões informais servido de fundamento para a condenação, além de o Superior Tribunal de Justiça já ter firmado entendimento de que referido aviso é exigido apenas nos interrogatórios policial e judicial. **DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.** Não há que se cogitar nulidade por violação de domicílio, como alega a Defesa de **Rary** e **Emerson**, porquanto a entrada dos policiais nas residências dos acusados ocorreu em contexto de flagrante delito, situação que excepciona a exigência de mandado judicial nos termos do artigo 5º, inciso XI, parte final, da Constituição Federal, sendo certo que a diligência decorreu de elementos concretos e progressivos – denúncia anônima, atitude suspeita de **Emerson**, apreensão de entorpecentes em seu poder e revelação espontânea de que a endolação ocorrera na residência de **Rary**, –, tendo este, por sua vez, autorizado o ingresso dos policiais em sua casa e indicado o endereço de **SUELLEN**, sendo franqueada a entrada pelos próprios moradores, o que sequer é controvertido em seu recurso, ocasião em que se localizou significativa quantidade de cocaína já fracionada e embalada para venda, não havendo, em nenhum momento, qualquer impugnação por parte dos acusados quanto à licitude da diligência, seja na fase inquisitorial, seja em Juízo, permanecendo em silêncio. **DO DELITO DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS.** Da análise dos autos, extrai-se que, para os réus **Emerson** e **Suellen,** a materialidade delitiva foi demonstrada, à saciedade, pelos Autos de Apreensão e Laudos de Exame Entorpecente, e,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
49
Carimbado Eletronicamente

no que tange à autoria, a prova carreada aos autos se mostrou suficiente para autorizar o decreto condenatório, em especial, os depoimentos dos policiais autores da prisão em flagrante, tanto em sede inquisitorial, como em Juízo, pois a palavra firme, coerente e harmônica dos agentes da lei aponta para a prática do delito por ambos os defendentes, sendo certo que a quantidade e forma de acondicionamento dos tóxicos evidenciam o intuito de difusão espúria, calhando gizar que foram apreendidos 1.635g de cocaína, acondicionada em 1.163 eppendorfs embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados com grampos metálicos e papéis com as inscrições "CV – PÓ DE 20$ – O BRABO – QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA" ou apenas "20" e o desenho de três listras horizontais nas cores da bandeira colombiana (amarelo, azul e vermelho), conforme laudo de exame de entorpecente de ID 108519009, auto de apreensão de ID 108519003 e fotos em IDs 108519011 e 108519013. No que tange ao recorrente **Rary,** entretanto, não há prova da materialidade do crime, pois nada de ilícito foi encontrado em seu poder e, em sua residência, apenas foram apreendidos materiais para endolação, os quais não se enquadram no conceito legal de "droga" previsto no artigo 66 da Lei nº 11.343/2006 e nas listas da Portaria nº 344/1998 do Ministério da Saúde, sendo imprescindível, segundo orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a apreensão da substância entorpecente para configuração do delito previsto no artigo 33 da referida lei, não bastando meros indícios ou instrumentos relacionados à atividade, sendo impositiva a absolvição. **DO CRIME DO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06.** Não há nos autos elementos que indiquem que os réus, consciente e voluntariamente, se associaram entre si para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas, cabendo ressaltar que inexistentes informações pormenorizadas acerca do vínculo de estabilidade e permanência entre eles para a prática da mercancia dos estupefacientes e condutas afins, o que é imprescindível para a

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
50
Carimbado Eletronicamente

configuração do tipo penal, destacando-se, ainda, que Corte Cidadã vem decidindo pela necessidade de distinguir a associação de um mero concurso de pessoas. Precedente do STJ. Deste modo, eventual procedência da pretensão punitiva estatal deve ser pautada em dados concretos, devidamente, demonstrados pelo caderno de provas, registrando-se que o *decisum* não pode ser baseado em mera presunção de que estariam os réus associados de forma contínua. **DA RESPOSTA PENAL.** A aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e de sua individualização, previstos no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, ajustando-se, aqui, a resposta penal para, na primeira fase da dosimetria dos réus **Emerson** e **Suellen**, no crime do artigo 33, caput, da Lei 11343/06, reduzir o recrudescimento da pena-base pela quantidade de drogas para 1/4 (um quarto) para **Suellen** e 1/6 (um sexto) para **Emerson**, considerando a quantidade de entorpecentes arrecadada com cada um, e por ser mais consentânea à razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista o reconhecimento de uma única circunstância judicial negativa. No mais, **CORRETAS**: **i)** a não aplicação da causa especial de redução de pena prevista no artigo 33, §4°, da Lei de Drogas; **ii)** a incidência, em favor de **Emerson,** do redutor do artigo 41 da Lei n° 11.343/06, por sua colaboração ter resultado nas diligências que culminaram na apreensão das drogas, até porque, à míngua de recurso do Ministério Público, é vedada a *reformatio in pejus;* **iii)** a não substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para **Suellen**, ou sua suspensão condicional (artigos 44 e 77 ambos do Código Penal), em razão da pena aplicada, em observância aos incisos I do artigo 44 e artigo 77, *caput*, ambos do Código Penal; **iv)** a fixação do regime inicial ABERTO ao apelante **Emerson,** para o principiar da expiação, com esteio na proporcionalidade da pena aplicada, nos termos do artigo 33, §2°, "c" , do Código Penal, por ser o adequado para o início do cumprimento da sanção ao réu, observado o quantum da reprimenda aplicada, e a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por duas de direito ao referido réu, sendo elas: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e limitação de final de semana. **DO REGIME PRISIONAL.**

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
51
Carimbado Eletronicamente

Considerando a absolvição pelo delito de associação para o tráfico e o redimensionamento da reprimenda definitiva de **Suellen**, sem prejuízo de sua primariedade e bons antecedentes, impõe-se o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena para o SEMIABERTO, conforme artigo 33, 2º, alínea "b" do Código Penal.

PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº **0800435-47.2024.8.19.0081**, em que são Apelantes **SUELLEN APARECIDA MAXIMIANO, EMERSON CRISTIANO FERRAZ DA SILVA** e **RARY GEERT DIAS VEENHUIS** e Apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO, ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **CONHECER OS RECURSOS, REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS PARA A) ABSOLVER O ACUSADO RARY DO DELITO DO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06, COM FULCRO NO ARTIGO 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; B) ABSOLVER OS TRÊS RÉUS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM BASE NO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; C) NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, REDUZIR O RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE DE SUELLEN PARA 1/4 (UM QUARTO) E DE EMERSON PARA 1/6 (UM SEXTO), REAJUSTANDO A REPRIMENDA DEFINITIVA DE SUELLEN PARA 06 (SEIS) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO, E DE EMERSON PARA 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO E 194 (CENTO E NOVENTA E QUATRO) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL; D) ABRANDAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DE SUELLEN PARA O SEMIABERTO, CONSERVADA, EM TODO O MAIS, A SENTENÇA, TAL COMO LANÇADA,** nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
52
Carimbado Eletronicamente

VOTO

Os recursos interpostos devem ser conhecidos, uma vez presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, e, parcialmente, providos.

Passa-se à análise das preliminares.

.DA AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO

Sustenta a Defesa da acusada **SUELLEN,** nas suas razões recursais de Id130062454, a ocorrência de nulidade insanável, ao argumento de que a Advogada que representou a apelante na instrução criminal não possui procuração nos autos: "(...) seguindo, em sede policial e na audiência de custódia, Suellen foi representada por uma advogada, todavia, ela não passou nenhuma Procuração a Suellen, fato que não consta nos autos do processo o instrumento assinado pela apelante e nem os poderes constituídos. Ao tentar contato com a advogada, a apelante não conseguia achá-la e fazer contato e não sabia se a advogada atuava no caso, por ser uma pessoa que não possui conhecimentos sobre processo criminal, por nunca ter passado por um, continuou com a sua vida, cuidando de seu filho e trabalhando de forma lícita. Importante destacar que, não há nos autos do processo qualquer Procuração assinada pela apelante, concedendo poderes a advogada. Ainda, não avisou de qualquer ato, não informando o endereço da acusada nem mesmo cientificando-a da audiência que ocorreu sem a sua presença o que a impossibilitou de realizar a sua defesa pessoal e esclarecer acerca da veracidade dos fatos. (...) Nota-se que, até o momento da audiência de custódia, a advogada estava prestando a assistência a apelante, mas logo após restabelecer a sua liberdade na audiência de custódia a advogada não fez mais nenhum contato com a apelante que ao tentar contactá-la, não teve êxito. Assim, há clara ineficácia na defesa da apelante, gerando ainda a nulidade processual por não haver nos autos a assinatura de Suellen outorgando poderes para advogada atuante no processo. (...)"

Razão não lhe assiste.

E isso, porque bem se verifica que a Advogada **Shirley de Fatima Oliveira Guimarães,** inscrita na OAB/RJ sob o n.º 74482, atuou em toda a fase instrutória do processo, inclusive, acompanhando a Audiência de Custódia, momento em que a apelante estava presente, sem qualquer manifestação de discordância, ou questionamento acerca da sua representação, e a Audiência de Instrução de id124277995, o que evidencia que a profissional foi, de fato, constituída para a defesa da acusada, ainda que não haja procuração formalizada nos autos.

Em idêntica trilha hermenêutica, assim, delibera o Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
53
Carimbado Eletronicamente

CORPUS. ESTELIONATO. FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI E NÃO DE MUTATIO LIBELLI. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DOS ADVOGADOS. RÉU ASSISTIDO POR DEFESA TÉCNICA DESDE O INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE DE ALGIBEIRA NÃO ALBERGADA PELA JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Desde que presentes todos os elementos do delito na denúncia oferecida, a recapitulação jurídica realizada pelo Juiz na sentença não caracteriza nulidade, sendo hipótese autorizada de emendatio libelli (art. 383 do CPP) e não de mutatio libelli (art. 384 do CPP). **2. Se o acusado foi assistido por defesa técnica por ele constituída desde o momento do inquérito policial e tendo comparecido à delegacia e em juízo acompanhado dos profissionais, não pode, após o trânsito em julgado do feito, invocar suposta nulidade decorrente da ausência de apresentação do instrumento de mandato pelos causídicos, pois a pretensão beira à má-fé**. Jurisprudência unânime pelo não acolhimento da nulidade de algibeira. 3. Agravo regimental desprovido.[1]

Ademais, o artigo 266 do Código de Processo Penal estabelece que **"a constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório"**, e, embora originalmente referido ao interrogatório, esse dispositivo deve ser interpretado à luz da evolução processual, pois, atualmente, há a realização de audiência de custódia. Assim, o comparecimento da Advogada, na audiência e a ausência de impugnação imediata pela apelante confirmam a validade da constituição da defesa, de modo que não há que se falar em nulidade processual.

Outrossim, cabe registrar que prevalece o princípio da instrumentalidade das formas, enfatizando-se que pautado no princípio geral norteador das nulidades – pás de nullité sans grief – ínsito no artigo 563[2] do Código de Processo Penal, impõe ao suposto prejudicado o ônus de demonstrar o prejuízo sofrido, capaz de nulificar o processo, não lhe socorrendo a simples alegação de sua ocorrência, como no caso em tela, em que a Defesa alega que a ré não foi informada pela Advogada sobre a Audiência de Instrução e Julgamento, motivo pelo qual não compareceu ao ato.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento: "(...) **3. "É reiterada a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, ex vi do princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu no caso em debate." (AgRg no HC n. 822.930/SP, relator**

[1] BRASIL. TJRJ. AgRg no HC n. 870.257/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 12/4/2024.

[2] Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
54
Carimbado Eletronicamente

Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 13/9/2023). (...)"[3]

E se já não bastasse, como bem asseverado pelo Ministério Público em suas contrarrazões (Num. 164455216 – Pág. 4): "(...) de tal sorte, considerando que a decretação da nulidade no processo penal depende da demonstração de prejuízo à parte, à luz do princípio da Pas de Nullité Sans Grief, do que preconiza o artigo 563 do Código de Processo Penal e no sentido do entendimento das Cortes Superiores, o que não ocorreu no caso concreto, não merece prosperar o apelo no ponto. (...)", e pela Procuradoria de Justiça em parecer de item 000008: (...) Assim, embora não constasse nos autos a procuração formal outorgando poderes a advoga constituída, restou claro que acusada a contratou para cuidar de seus interesses, tendo sido representada em todos os atos processuais, de certo que estava legitimada a atuar em sua defesa. Ademais, em homenagem ao princípio do pas de nullité sans grief, positivado no art. 563 do CPP, não há que se falar em nulidade do ato processual, sem que haja comprovação do fato ter acarretado efetivo prejuízo para as partes".

.DA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

A Defesa de **SUELLEN** articula, ainda, preliminar de nulidade da intimação para comparecimento à Audiência de Instrução, sob o argumento de que (Num. 130062454): "o oficial de justiça em nenhum momento na certidão se manifestou informando que ela havia mudado de endereço, mas sim que não havia encontrado a residência, sendo esta falha do juízo, que não forneceu as informações corretas, para que o oficial de justiça pudesse localizar a casa da apelante."

Uma vez mais, desassiste razão à Defesa.

Da análise dos autos, observa-se que a própria Defesa, ao requerer a liberdade da apelante, indicou um comprovante de residência em nome de terceiro, informando como endereço da acusada o seguinte: Rua José Ferreira, Jambeiro 1, Penedo, **50050**, CX 052ª (Num. 108659059):

[3] BRASIL. STJ. AgRg no AREsp n. 1.682.901/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/2/2025, DJEN de 10/2/2025.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
55
Carimbado Eletronicamente

DADOS DO CONSUMIDOR

VAGNER NUNES DA SILVA

RUA JOSE FERREIRA, S/N, JAMBEIRO 1, 50050
CX 052A
PENEDO - JAMBEIRO 1 - 27530-970 - ITATIAIA - RJ
CNPJ/CPF: ***.***.357-**
I.E./R.G.: 130130065

Matricula
2608

Entretanto, durante a Audiência de Custódia, ao ser entrevistada e fornecer seus dados pessoais, incluindo o endereço, a acusada declarou residir na Rua José Ferreira, **50**, Travessa Quitério, Penedo - RJ (Num. 108681849).

Nome	Suellen Aparecida Maximiano
Endereço	Rua Jose Ferreira, 50, Travessa Quitério, Penedo
Cor	branco
Tem filhos? Quantos? Qual a idade? Possuem deficiência? Quem ficará responsável pelos cuidados?	Sim, 20 e 5 anos.
Telefone	24-993034472
Profissão ou meios de vida	atendente de restaurante Mineiro
Doença/Remédio?	Hipertensa, diariamente

E quando do cumprimento do Alvará de Soltura, a acusada não corrigiu a informação incorreta, apesar de ter sido cientificada sobre a obrigação de manter seu endereço atualizado (Num. 108753541, 108753550), de forma que, tal omissão contribuiu, diretamente, para que os atos ulteriores de comunicação não fossem exitosos.

Veja-se que, o Sr. Oficial de Justiça ao procurar encontrar a acusada no endereço por ela própria fornecido em Audiência de Custódia (Num. 108681849), não conseguiu localizar o imóvel (Num. 122843162), o que ensejou a aplicação do artigo 367 do diploma processual penal (Num. 124277995), uma vez que a falta de atualização do endereço impossibilitou sua intimação.

Dessa forma, restou demonstrado que a responsabilidade pela não localização da acusada foi, exclusivamente, dela, porquanto forneceu informações divergentes e falhas ao Juízo, gerando os equívocos que culminaram na frustração das diligências de intimação.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
56
Carimbado Eletronicamente

Outrossim, o argumento da Defesa de que o Juízo teria obrigação de realizar buscas adicionais de endereço, ou tentativa de citação por meio de telefone celular é desprovido de respaldo legal, uma vez que nos termos do artigo 367[4] do Código de Processo Penal, é dever da própria parte manter seu endereço atualizado para fins de comunicação processual.

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Justiça, consoante se verifica das ementas transcritas: **(1)** HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO À PENA DE 3 ANOS, 3 MESES E 6 DIAS DE DETENÇÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO DA PENA INTERROMPIDA PELO CENÁRIO PANDÊMICO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO SENTENCIADO, PARA RETOMADA DO CUMPRIMENTO DA PRD FRUSTRADA. MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO JUÍZO CONVERSÃO DA PRD EM PPL. CABIMENTO. ART. 181, §1º, 'a' DA LEP C/C ART. 44, §4º, DO CP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Decisão que converteu a pena restritiva de direito em privativa de liberdade, haja vista o sentenciado estar em local incerto e não sabido. **Ônus do paciente de fornecer e manter atualizado o seu endereço (artigo 367 do CPP)**. Impetração que não trouxe qualquer justificativa idônea para o descumprimento da obrigação. (...). MANUTENÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. ORDEM DENEGADA.[5] **(2)** APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA: CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELA PRÁTICA DO DELITO DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE ESCALADA, EM SUA MODALIDADE TENTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. INCONFORMISMO DA DEFESA TÉCNICA QUE SUSCITA, PRELIMINARMENTE, O RECONHECIMENTO DA INÉPCIA DA DENÚNCIA E A NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A REVELIA E DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NO MÉRITO, PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E/OU A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE ELEMENTAR DO TIPO E POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, ALMEJA O DECOTE DA QUALIFICADORA, O RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO COM APLICAÇÃO APENAS DE PENA DE MULTA, O IMPLEMENTO DA FRAÇÃO MÁXIMA REDUTORA PELA TENTATIVA, ASSIM COMO A REDUÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. 1- Rejeição das preliminares. 1.1) Inépcia da denúncia. A exordial preencheu todos os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, permitindo a compreensão da acusação formal e, por conseguinte, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a arguição inaugurada nesta fase recursal. Preclusão. **1.2) Nulidade da decisão que decretou a revelia e da audiência de instrução e julgamento. Incumbe**

[4] Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

[5] BRASIL. TJRJ. Processo: 0053747-20.2024.8.19.0000 - HABEAS CORPUS. Des(a). GERALDO DA SILVA BATISTA JUNIOR - Julgamento: 10/10/2024 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
57
Carimbado Eletronicamente

ao acusado a manutenção do endereço atualizado nos autos, o que não se efetivou, justificando-se a revelia decretada. Inteligência do art. 367 CPP. (...) PRELIMINARES QUE SE REJEITAM. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.[6]

A Procuradoria de Justiça, em *opinio* de item 000008, assim, ponderou: "(...) Na hipótese, as certidões negativas de index. 122837497 e 122843162, ao contrário do que quis fazer crer a Defesa, não tem o condão de causar a nulidade da sentença, pois a revelia foi decretada corretamente em razão da ausência da ré à audiência. Nos causa estranheza acreditar que a advogada atuante em defesa da ré, em desapreço a acusada não tenha informado de suas obrigações processuais e, mesmo assim, tenha comparecido perante o juízo. Outrossim, não se insurgiu a Defesa contra as certidões cartorárias negativas e a decretação da revelia, no momento oportuno, isto é, na audiência de instrução e julgamento, pelo que se encontra preclusa a matéria. Desta forma, não há como serem acolhidos tais pleitos."

.DA CONFISSÃO INFORMAL. DA AUSÊNCIA DO AVISO DE MIRANDA.

Melhor sorte não socorre a Defesa do acusado **EMERSON** ao pleitear a nulidade processual decorrente da suposta confissão informal– de que participavam do tráfico de drogas local –, por não ter sido feito o Aviso de Miranda no momento da abordagem policial.

A Constituição Federal consagrou a garantia ao silêncio como instrumento para a proteção do indiciado, ou do réu no seu interrogatório, tendo a norma por escopo a proibição de que o mesmo seja coagido a fornecer provas contra si, o que não abrange a colaboração do agente na apuração dos fatos. E a sua inobservância afronta o princípio do devido processo legal e macula de ilícita a prova obtida em violação a normas constitucionais, impondo o cumprimento do artigo 157[7] do Código de Processo Penal.

---

[6] BRASIL. TJRJ. Processo: 0225757-09.2020.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamento: 26/09/2024 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL.

[7] Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1° São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
§ 2° Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.
§ 3° Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.
§ 4° (VETADO)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
58
Carimbado Eletronicamente

E a mesma não foi utilizada como fundamento da sentença condenatória (Num. 127149807).

Pertinente, neste linear, o seguinte julgado desta Corte: APELAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA QUE ABSOLVEU LUAN DO CRIME ASSOCIATIVO, NOS TERMOS DO ART. 386, VII DO CPP E O CONDENOU PELO PRIMEIRO DELITO, APLICANDO-LHE AS PENAS DE 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME ABERTO E 166 DIAS-MULTA, EM SEU PATAMAR MÍNIMO. (...) RECURSO DA DEFESA QUE PEDE O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA CONFISSÃO DO RÉU, QUE TERIA OCORRIDO SEM O PRÉVIO AVISO DE MIRANDA E PEDE O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA PERPETRADA PELOS POLICIAIS CONTRA O RECORRENTE. ALEGA QUE AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE UMA ABORDAGEM ILEGAL SÃO ILÍCITAS E QUE AS PROVAS DOS AUTOS NÃO SÃO SUFICIENTES PARA SUSTENTAR UMA CONDENAÇÃO CRIMINAL. (...) **Ausência de irregularidade no que tange à confissão informal do réu aos policiais, sem que a ele tenha sido dado o direito de ficar em silêncio. Tal direito é garantido ao preso, ao indiciado e ao acusado na persecução penal, de forma que a lei não exige que tal garantia seja anunciada pela autoridade policial no decorrer de diligências que culminam na prisão em flagrante (art. 5º, inciso LXII, da Constituição da República - precedente). a prisão não se deu em consequência da confissão, mas sim por terem os policiais recebido denúncia de tráfico envolvendo o recorrente e terem visualizado este vendendo drogas, na porta de casa**. (...)[8]

A Procuradoria de Justiça oficiou, em item 000008, pela rejeição da preliminar: "(...) De fato, em nosso sistema, considera-se efetivamente preso o agente que tem lavrado contra si o auto de prisão em flagrante e, neste momento, devem ser garantidos todos os seus direitos, dentre os quais, o de ser informado acerca de seu silêncio, o que foi feito no presente caso consoante o auto de prisão em flagrante (index 108519001)."

E, não bastasse, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o "Aviso de Mirando" é exigido, somente, nos interrogatórios policial e judicial: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO - NÃO OCORRÊNCIA - AUTORIZAÇÃO PARA O INGRESSO. AVISO DE MIRANDA - VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL NÃO VERIFICADA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA PELA CORTE LOCAL - SÚMULA 7 DO STJ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) **3. A obrigação de informar quanto ao direito ao silêncio ocorre quando do**

---

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

[8] BRASIL. TJRJ. 0800660-64.2023.8.19.0061 - APELAÇÃO. Des(a). MARCIUS DA COSTA FERREIRA - Julgamento: 10/10/2024 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
59
Carimbado Eletronicamente

interrogatório do réu, em sede inquisitorial e judicial, conforme entendimento desta Corte Superior. Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 2.308.317/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/8/2024, D Je de 23/8/2024. (...) 7. Agravo regimental não provido.[9]

.DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.

A Defesa dos acusados **RARY** e **EMERSON** pleiteia a nulidade processual decorrente da violação de domicílio, sob a afirmação de que (Num. 152491265 - Pág. 12): "a entrada no domicílio de **RARY** foi totalmente ilícita, visto que, a confissão informal de **EMERSON** e dele próprio e a suposta autorização de ambos são inválidas para ensejar a busca domiciliar, assim como a existência de previa denúncia anônima", ao passo que **SUELLEN**, embora não tenha sustentado a tese em seu recurso a ventilou em alegações finais orais (Num. 130062454), nos seguintes moldes: "Os mesmos foram abordados no interior de suas residências e não há qualquer tipo de comprovação nos autos referentes a voluntariedade e concordância de entrada nas suas residências. E, não havia qualquer tipo de elemento que indicasse que de fato estivesse ocorrendo algum tipo de flagrante no interior da residência e mesmo assim os policiais narram que ingressaram no interior das residências (04m00s-04m52s, Num 108681849)."

Pois bem. É arquissabido que o Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto relator do Exmo. Min. Gilmar Mendes, ao apreciar o Tema 280, sob a sistemática de repercussão geral, asseverou a seguinte tese: **"A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados."**.[10]

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça vem reiterando o entendimento de que o ingresso no domicílio alheio, para se revestir de legalidade, deve ser precedido da constatação de fundadas razões que forneçam razoável certeza da ocorrência de crime no interior da residência: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INDÍCIOS PRÉVIOS DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. **1. É de sabença que "o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e**

[9] BRASIL. TJRJ. Processo AgRg no AREsp n. 2.235.050/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 23/12/2024.
[10] BRASIL. STF. RE 603616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05-11-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
60
Carimbado Eletronicamente

regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (AgRg no HC 678.069/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 20/9/2021). Na espécie, da atenta análise dos documentos acostados ao feito, não se verifica, de plano, o constrangimento ventilado. Os policiais militares estariam em patrulhamento quando visualizaram o agravante entregando um objeto a outro indivíduo em frente sua residência, e, ao abordá-lo, encontraram maconha embalada em uma sacola plástica, o que justificou a entrada dos agentes no domicílio, sendo apreendidas 10 porções de maconha, 24 pinos, sendo que 2 deles continham maconha e os demais vazios, 20 munições de calibre 38, além de 3 balanças de precisão, 4 embalagens plásticas contendo cocaína, 1 pedra bruta de cocaína de 20g e a quantia de R$ 2.122,00 (dois mil cento e vinte e dois reais). **Nessa conjuntura, não se dessume, no caso em apreciação, manifesta ilegalidade**. 2. Agravo regimental desprovido.[11]

Bom frisar que o direito à inviolabilidade de domicílio se destina a proteger não, somente, o alvo de eventual atuação policial, mas, sim, aos residentes no local da diligência, assim, ainda que o ingresso seja em residência alheia, a procura de drogas ou produtos de outro ilícito criminal, poderão ser eventualmente violados direito à intimidade de terceiros (parentes ou outros indivíduos sem grau de parentesco com o investigado), o que demanda maior rigor e estabelecimento de balizas claras na realização desse tipo de diligência.

Todavia, ao contrário do alegado pela Defesa, não há de se falar em violação de domicílio a ensejar a nulidade da prova, pois, de acordo com o artigo 5º, inciso XI[12], parte final, da Constituição Federal, tal direito é flexibilizado **em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial, cabendo destacar que, *in casu*, abordagem policial não foi arbitrária, porquanto decorreu de coleta progressiva de elementos que levaram, de forma válida, à existência de fundadas razões para a busca domiciliar, demonstrada por elementos concretos.

Veja-se:

[11] AgRg no RHC n. 194.289/BA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/12/2024, DJEN de 23/12/2024.

[12] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XI - 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; (...).

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
61
Carimbado Eletronicamente

Na espécie, a PMERJ recebeu uma denúncia anônima sobre uma carga de drogas na região, e, por essa razão, os brigadianos **RODRIGUES** e **SILVA** se dirigiram à localidade, e avistaram o acusado **EMERSON** em atitude suspeita e, ao abordá-lo, apreenderam em seu poder ao menos 7 (sete) pinos de cocaína –os depoimentos são controversos se eram sete ou doze pinos (01m46s-01m52s, 01m53s-02m03s, 07m35s-07m52s, 05m10s) –.E, ao ser questionado, revelou que a endolação dos entorpecentes havia ocorrido na residência do apelante **RARY**, motivo pelo qual a equipe se deslocou até o endereço indicado.

No local, **RARY** teria autorizado o ingresso na residência e revelado a localização do material utilizado para endolação, sem prejuízo de informar que a carga de entorpecentes estava na casa da ré **SUELLEN**, para a qual os agentes se dirigiram em seguida, e foram, igualmente, autorizados a entrar sem mandado, encontrando 1.635g de cocaína, acondicionada em 1.163 eppendorfs embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados com grampos metálicos e papéis com as inscrições “CV – PÓ DE 20$ – O BRABO – QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA” ou apenas “20” (Num. 108519009, 108519003).

Portanto, o policial militar **RODRIGUES**, responsável pelas prisões em flagrante dos réus **SUELLEN** e **RARY**, além de ter encontrado o material de endolação na residência de **RARY** e os entorpecentes na residência de **SUELLEN**, relatou, em inquérito, que (Num. 108519028):

que no dia de hoje, foi acionado, com fim de prestar reforço, a solicitação do Serviço Reservado da PM; que o declarante dirigiu-se para o local, onde estava sendo observado; que o declarante chegou pela rua atrás da Travessa Santos, e ali se posicionou; que logo em seguida, o declarante deparou-se com a pessoa chamada EMERSOM indo pegar algo próximo a um tronco de uma árvore na Travessa Santos; que no momento em que EMERSON abaixou-se para pegar "algo", foi feito a abordagem no mesmo; que arrecadou a sacola que estava no local, contendo 07 (sete) pinos de cocaine e R$ 60,00 reais; que o declarante ao indagar EMERSON, o mesmo relatou que a droga seria de sua propriedade, e que o mesmo estava traficando para pagar um divida no valor de R$6000,00 reais, referente a perda de um casa para a facção Comando Vermelho; que EMERSON ainda disse ao declarante que havia chego uma grande quantidade de drogas na noite anterior, informando que a indolação estaria sendo feita na casa de RARY GEERT DIAS VEENHUIS, na Rua José Ferreira - Jambeiro I, e que a droga estaria na casa de uma pessoa chamada SUELEM, de vulgo "tia", na Travessa Quitéria; que o declarante então dirigiu-se até a casa de RARY; que no local, foi

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
62
Carimbado Eletronicamente

recebido pelo próprio RARY que ao ser indagado sobre as informações dadas por EMERSON, este confirmou-as, e ainda ratificou que as drogas estariam na casa da "tia"; que RARY autorizou a entrada do declarante em sua residência, e o mesmo entregou uma sacola contendo o material de endolação, ora apreendido nesse procedimento; que o declarante juntamente com RARY, foram até a Travessa Quitéria, na residência de SUELEM; que chegando no local, foi recebido por SUELEM, que convidou o declarante a entrar em sua casa, e disse: que no dia anterior, EMERSON chegou em sua casa, com uma mochila, e pediu que a mesma guardasse a mochila; que SUELEM disse que sentiu-se coagida e guardou a mochila no armário de sua casa; que SUELEM abriu o armário e mostrou ao declarante aonde estava o entorpecente; que SUELEM sabia que era drogas, e disse ainda que EMERSON a prometera uma quantia em dinheiro para guardar as drogas; que SUELEM disse por temer por sua vida e de sua familia, resolveu guardar o entorpercente; que mediante ao fatos, conduziu todos a essa delegacia; que mais não disse.

destacando-se, portanto, os trechos em que reporta que **"(...) dirigiu-se até a casa de RARY; que no local, foi recebido pelo próprio RARY** que ao ser indagado sobre as informações dadas por **EMERSON**, este confirmou-as, e ainda ratificou que as drogas estariam na casa da "tia"; **que RARY autorizou a entrada do declarante em sua residência**, e o mesmo entregou uma sacola contendo o material de endolação, ora apreendido nesse procedimento; que o declarante juntamente com **RARY**, foram até a Travessa **Quitéria, na residência de SUELLEN; que chegando no local, foi recebido por SUELLEN(...)".**

Cabendo destacar que em nenhum momento – nem em Delegacia, ou em Juízo – o apelante **RARY** alegou que os brigadianos adentraram na residência sem sua autorização, ao passo que **SUELLEN**, sequer, articulou esta preliminar em seu recurso de Id130062454.

Frise-se que, na residência da acusada Suellen, foram encontrados **1635 gramas de Cocaína distribuídos em 1163 tubos de plástico rígido transparente com tampa, embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados por grampos metálico e papéis contendo as inscrições "CV – PÓ DE 20$ - O BRABO – QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA"** (Num. 108519015), o que rendeu a prisão em flagrante dos acusados (Num. 108519005).

Descrição:
Trata-se de 1635g (mil seiscentos e trinta e cinco gramas) ou 1,635Kg (um quilo, seiscentos e trinta e cinco gramas) de peso líquido total por amostragem de material pulverulento de cor branca amarelada distribuídos em 1163 (mil cento e sessenta e três) tubos de plástico rígido transparente com tampa (do tipo "eppendorf"), embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados por grampos metálicos e papéis contendo as inscrições "CV - PÓ DE 20$ - O BRABO -QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA" ou apenas "20" e o desenho de três listras horizontais nas cores da bandeira colombiana (amarelo, azul e vermelho).

Identificação do Material:

Material 1:
1635 Grama(s) de Cocaína (pó)
Amostra: 1 Grama(s)
Contraprova: 3 Grama(s) de Cocaína (pó)

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
63
Carimbado Eletronicamente

Cita-se o seguinte julgado nesse sentido: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INGRESSO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DO MORADOR. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. (...) 4. O Superior Tribunal de Justiça reforçou a necessidade de fundadas razões objetivas para justificar o ingresso, além de consentimento válido do morador. **5. No caso concreto, assentou-se a existência de informações pormenorizadas, além de destacar o Tribunal local que "os referidos agentes públicos, confirmaram as declarações prestadas, na fase extrajudicial, no sentido de que ingressaram no imóvel, em que residia o acusado, com a autorização de seu Tio e proprietário do bem**, onde foram encontradas as substâncias entorpecentes e arma de fogo apreendidas, dentro do quarto do réu", ora paciente.6. Ordem de habeas corpus denegada.[13]

No mesmo sentido, o entendimento deste Tribunal de Justiça: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES DE NULIDADE POR ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL SEM FUNDADA SUSPEITA, DA CONFISSÃO INFORMAL SEM AVISO AO DIREITO AO SILÊNCIO, POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E POR QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06, DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU DE CONCESSÃO DO SURSIS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (...) **8. Violação de domicílio não configurada. Circunstâncias do caso concreto, já referidas, que justificavam a abordagem e os demais procedimentos adotados pelos Policiais. E o próprio Réu franqueou a entrada dos Policiais em sua residência, segundo a palavra dos agentes da lei, que merecem crédito**, repisando-se a confissão formal do acusado. Nada há nos autos que comprove o contrário. Ainda que assim não fosse, a fundada suspeita dizia respeito a crime de tráfico, delito permanente (Supremo Tribunal Federal Tema 280 da repercussão geral). 9. Preliminares rejeitadas. (...)[14]

Calha transcrever o registrado pelo Ministério Público em suas contrarrazões (Num. 164455216 – Pág. 11): "(...) o ingresso na residência não foi motivado pela "denúncia", que apenas levou os agentes ao local, mas sim a partir de diversos elementos que, apreciados em conjunto, configuram a fundada suspeita de flagrante delito apta a permitir o ingresso forçado no domicílio dos acusados. Desta forma, não há falar em violação de domicílio pela entrada em residência sem mandado judicial ou sem autorização dos moradores, devendo as apreensões materiais realizadas a posteriori ser consideradas como provas lícitas e aptas a ensejar decreto condenatório em desfavor dos acusados. (...)" e pelo *Parquet* atuante nesta segunda instância: "(...) Sabe-se que a casa é o asilo inviolável do

[13] BRASIL. STF. ARE 1343676 AgR. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Data do Julgamento: 28/03/2022. Primeira Turma.

[14] BRASIL. TJRJ. Processo 0000840-35.2022.8.19.0066 - APELAÇÃO. Des(a). ADRIANA LOPES MOUTINHO DAUDT D' OLIVEIRA - Julgamento: 18/12/2024 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
64
Carimbado Eletronicamente

indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, conforme os termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República. Contudo, o crime de tráfico de drogas é caracterizado como crime permanente e, desse modo, considerada a existência do flagrante delito, não se verifica qualquer ilicitude em relação às provas colhidas a partir do ingresso dos policiais na residência do acusado Rary."

Do exposto, rejeito as preliminares e passo ao exame do **MÉRITO**:

.DO CRIME DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N° 11.343/06.

Os apelantes **SUELLEN**, **RARY** e **EMERSON** foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*[15], da Lei n° 11.343/0, pois teriam, em comunhão de ações e desígnios, de forma livre, consciente e voluntária, para fins de tráfico, guardado e mantido em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 1.635g de cocaína, acondicionada em 1.163 *eppendorfs* embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados com grampos metálicos e papéis com as inscrições "CV – PÓ DE 20$ – O BRABO – QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA" ou apenas "20" e o desenho de três listras horizontais nas cores da bandeira colombiana (amarelo, azul e vermelho), conforme laudo de exame de entorpecente de ID 108519009, auto de apreensão de ID 108519003 e fotos em IDs 108519011 e 108519013.

In casu, a **materialidade** está consubstanciada em múltiplos elementos, a saber: Auto de Prisão em Flagrante (Num. 108519005), Autos de Encaminhamento (Num. 108519006, 108519007, 108519010, 108519012), Laudo de Exame Prévio de Entorpecente (Num 108519009), Fotografias (Num. 108519011, 108519013) e Laudo de Exame de Entorpecente (Num. 108519015).

Quanto à **autoria** imputada aos acusados **SUELLEN** e **EMERSON** restou comprovada, à saciedade, pela prova carreada aos autos apta a autorizar o decreto condenatório, em especial, **os depoimentos dos policiais militares RODRIGUES e SILVA, tanto em sede inquisitorial** (Num. 108519028 e Num. 108519004) ,**como em Juízo** (Num. 124277995), cumprindo tecer as seguintes considerações:

[15] Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
65
Carimbado Eletronicamente

. O policial militar **SILVA** relatou, no inquérito policial, que (Num. 108519028):

que no dia de hoje, foi acionado, com fim de prestar reforço, a solicitação do Serviço Reservado da PM; que o declarante dirigiu-se para o local, onde estava sendo observado; que o declarante chegou pela rua atrás da Travessa Santos, e ali se posicionou; que logo em seguida, o declarante deparou-se com a pessoa chamada EMERSOM indo pegar algo próximo a um tronco de uma árvore na Travessa Santos; que no momento em que EMERSON abaixou-se para pegar "algo", foi feito a abordagem no mesmo; que arrecadou a sacola que estava no local, contendo 07 (sete) pinos de cocaine e R$ 60,00 reais; que o declarante ao indagar EMERSON, o mesmo relatou que a droga seria de sua propriedade, e que o mesmo estava traficando para pagar um divida no valor de R$6000,00 reais, referente a perda de um casa para a facção Comando Vermelho; que EMERSON ainda disse ao declarante que havia chego uma grande quantidade de drogas na noite anterior, informando que a indolação estaria sendo feita na casa de RARY GEERT DIAS VEENHUIS, na Rua José Ferreira - Jambeiro I, e que a droga estaria na casa de uma pessoa chamada SUELEM, de vulgo "tia", na Travessa Quitéria; que o declarante então dirigiu-se até a casa de RARY; que no local, foi recebido pelo próprio RARY que ao ser indagado sobre as informações dadas por EMERSON, este confirmou-as, e ainda ratificou que as drogas estariam na casa da "tia"; que RARY autorizou a entrada do declarante em sua residência, e o mesmo entregou uma sacola contendo o material de endolação, ora apreendido nesse procedimento; que o declarante juntamente com RARY, foram até a Travessa Quitéria, na residência de SUELEM; que chegando no local, foi recebido por SUELEM, que convidou o declarante a entrar em sua casa, e disse: que no dia anterior, EMERSON chegou em sua casa, com uma mochila, e pediu que a mesma guardasse a mochila; que SUELEM disse que sentiu-se coagida e guardou a mochila no armário de sua casa; que SUELEM abriu o armário e mostrou ao declarante aonde estava o entorpecente; que SUELEM sabia que era drogas, e disse ainda que EMERSON a prometera uma quantia em dinheiro para guardar as drogas; que SUELEM disse por temer por sua vida e de sua familia, resolveu guardar o entorpercente; que mediante ao fatos, conduziu todos a essa delegacia; que mais não disse.

. Em depoimento harmônico e coerente em Audiência de Instrução e Julgamento (Num. 124277995), **SILVA** reportou que, na ocasião dos fatos, fora chamado a verificar uma denúncia de presença de drogas, na localidade (00m33s-00m45s). **Relatou que, observando, viu o réu EMERSON, a quem identificou em audiência (02m40s-02m44s), ostentando comportamento suspeito, buscando itens escondidos para entregar a outrem (00m47s-01m07s)**. Expôs que informou esta suspeita a uma viatura próxima, que **conseguiu abordá-lo no momento que pegava o entorpecente (01m10s-01m22s)**. Afirmou que o acusado, com quem foram encontrados dinheiro e drogas (05m01s-05m06s), não só confessou que traficava, como também **revelou que os narcóticos teriam sido endolados na casa do réu RARY, no dia anterior, e armazenados na casa da ré SUELLEN (01m22s-01m44s, 01m45s-02m00s)**. **Expôs que, procedendo à casa de RARY, lá encontraram material para endolação, e que este réu ter-lhes-ia confessado que a ré SUELLEN estava estocando o referido carregamento (02m47s-02m56s). Por fim, narrou que, na casa de SUELLEN, arrecadaram o restante das drogas, conforme apurado (02m02s-02m06s)**.

. Já o brigadiano **RODRIGUES** declarou, na fase de inquisa que (Num. 108519004):

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
66
Carimbado Eletronicamente

que o declarante no dia de hoje, por volta das 17:30h, equipe do Serviço Reservado da Policia Militar, estava velando a Rua José Ferreira, com a Travessa Santos, onde havia várias denúncias de tráfico de drogas no local; que observaram, um individuo, ora saber chamar-se EMERSON CRISTIANO FERRAZ DA SILVA NUNES, onde o mesmo ficava próximo a uma padaria, onde outros individuos chegavam até o mesmo, entregavam algo para EMERSON; que EMERSON ia até a travessa Santos, abaixava-se em um determinado ponto da rua, pegava algo escondido e entrega a pessoa que ficava próximo a padaria; que o declarante chamou reforço para o PPC Penedo, onde outra viatura, composta pelo Policial Militar Cabo Souza Lima, onde os mesmos se posicionaram na Travessa Santos, onde o material era pego; que mais uma pessoa foi até EMERSOM para pegar algo; que EMERSON então novamente foi até a Travessa Santos para pegar "algo", onde nesse momento, foi abortado pelo CB SOUZA LIMA, sendo arrecadado com o mesmo a importância de R$60,00 (sessenta reais) e 07 (sete) pinos de cocaina; que EMERSON então disse ao declarante, que estava traficando, pois estava devendo a "boca"; que questionado de quem o mesmo estava pegando as drogas, EMERSON indicou a casa de RARY GEERT DIAS VEENHUIS, que fica na Rua José Ferreira, s/n Jambeiro, onde estaria sendo feito a endolação e indicando também, a casa de SUELEM APARECIDA MAXIMILIANO, na Travessa Quitéria, 50-A - Jambeiro I, onde a carga de drogas estaria sendo guardadas; que o declarante ficou com EMERSON no local, e o CB SOUZA LIMA, deslocou-se até a casa de RARY e de SUELEM para averiguação das informações prestadas por EMERSON; que na casa de RARY foi encontrado somente o material de endolação e na casa de SUELEM todo o restante do entorpercente apreendido nesse registro de ocorrência; que mediante aos fatos, conduziram todos a esta delegacia; que mais não disse.

. Em Juízo (Num. 124277995), de maneira assonante à palavra lançada na Distrital, **RODRIGUES** narrou que, no dia dos fatos, recebeu pedido de auxílio, da equipe reservada, a respeito de uma grande carga de entorpecentes chegados a determinado terreno (00m50s-01m06s). Afirmou que uma diligência velada vira o réu **EMERSON** em comportamento suspeito, buscando itens no local (01m06s-01m22s). Narrou que sua guarnição, procedendo furtivamente, surpreendeu-o no momento em que arrecadava estes itens (01m25s-001m46s). **Afirmou que o réu, ao perceber a abordagem, largou no chão uma bolsa que continha sete pinos de cocaína (01m46s-01m52s, 01m53s-02m03s, 07m35s-07m52s). Referiu, ademais, que, com ele, fora encontrado dinheiro (01m53s-02m03s)**. Asseverou, ademais, que este réu, **EMERSON**, indagado a respeito das drogas, não apenas confessou que deveras traficava (02m04s-02m18s) como também revelou que a endolação dos entorpecentes teria ocorrido na casa do acusado **RARY**, na noite anterior (02m20s-02m37s). **Expôs que, ato contínuo, dirigiram-se a este local e foram recebidos pelo acusado RARY, que, admitindo a conduta criminosa, trouxe-lhes o material de endolamento (02m42-03m08s, 10m58s-11m06s) e confiou-lhes que a carga de entorpecentes estaria na casa da ré SUELLEN (03m15s-03m25s)**. **Por fim, declarou que SUELLEN, após recebê-los em sua casa**, confirmou que estocava as drogas por dinheiro e **conduziu-os até o local onde as guardava, para lhes entregar (03m24s-03m48s, 03m54s-04m02s)**, o que ensejou sua condução até a delegacia de polícia (04m19s-04m21s).

. Ouvidos na fase inquisitorial (Num 108519008, 108519026, 108519027) os acusados **SUELLEN**, **EMERSON** e **RARY** permaneceram calados;

. Da mesma forma, em Juízo (Num. 124277995), os acusados **EMERSON** e **RARY** exerceram o direito constitucional

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
67
Carimbado Eletronicamente

ao silêncio. E **SUELLEN** não compareceu ao ato, porquanto frustrada a diligência intimatória (Num. 122843162) em razão de ter fornecido o endereço errado nos autos, conforme já abordado em linhas transatas, tendo prosseguido o feito na forma do artigo 367 do Código de Processo Penal[16].

A propósito, o Professor Renato Brasileiro preleciona que a única consequência da "revelia" no processo penal, sob o Estado de Direito e sistema acusatório, é a desnecessidade de intimação do acusado para a prática dos demais atos processuais (Arts. 392 e 577, CPP).[17]

Pois bem.

Das provas colhidas em fase inquisitorial e corroboradas pelo depoimento dos brigadianos, em solo judicial, infere-se que correto o decreto condenatório exarado em desfavor de **EMERSON** e **SUELLEN,** mas não de **RARY.**

Explica-se.

In casu, a PMERJ recebeu uma denúncia anônima sobre uma carga de drogas na região, e, por essa razão, os brigadianos **RODRIGUES** e **SILVA** se dirigiram à localidade, avistando o acusado **EMERSON** em atitude suspeita e, ao abordá-lo, encontraram com ele ao menos 7 (sete) pinos de cocaína e R$60,00 (sessenta reais) e dinheiro – (01m46s-01m52s, 01m53s-02m03s, 07m35s-07m52s, 05m10s) –. E ao ser questionado, revelou que a endolação dos entorpecentes havia ocorrido na residência do apelante **RARY**, motivo pelo qual a equipe se deslocou até o endereço indicado.

No local, **RARY** teria revelado a localização do material utilizado para endolação, sem prejuízo de informar que a carga de entorpecentes estava na casa da ré **SUELLEN**, para a qual os agentes se dirigiram em seguida, encontrando 1.635g de cocaína, acondicionada em 1.163 eppendorfs embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados com grampos metálicos e papéis com as inscrições "CV – PÓ DE 20$ – O BRABO – QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA" ou apenas "20" (Num. 108519009, 108519003).

[16] Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo

[17] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 433.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
68
Carimbado Eletronicamente

De acordo com o Laudo de Exame de Entorpecente (Num. 108519015), as substâncias acima delineadas são consideradas pelas normas em vigor como drogas, tratando-se de Cocaína (pó):

Descrição:
Trata-se de 1635g (mil seiscentos e trinta e cinco gramas) ou 1,635Kg (um quilo, seiscentos e trinta e cinco gramas) de peso líquido total por amostragem de material pulverulento de cor branca amarelada distribuídos em 1163 (mil cento e sessenta e três) tubos de plástico rígido transparente com tampa (do tipo "eppendorf"), embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados por grampos metálicos e papéis contendo as inscrições "CV - PÓ DE 20$ - O BRABO -QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA" ou apenas "20" e o desenho de três listras horizontais nas cores da bandeira colombiana (amarelo, azul e vermelho).

Identificação do Material:

Material 1:
1635 Grama(s) de Cocaína (pó)
Amostra: 1 Grama(s)
Contraprova: 3 Grama(s) de Cocaína (pó)

Quesitos:

01) Qual a natureza e característica do material apresentado ?

Vide Descrição, Do Exame, Materiais e Conclusão.

02) No estado em que se encontra, pode o mesmo ser utilizado eficazmente na prática de crime ?

Sim. Vide Conclusão.

03) Trata-se de entorpecente ou substância capaz de determinar dependência física ou psíquica ?

Sim. Vide Conclusão.

Conclusão:
De acordo com as normas legais em vigor, o material trata-se de ENTORPECENTE.///

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
69
Carimbado Eletronicamente



Registra-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 506 da Repercussão Geral (RE 635659), declarou a inconstitucionalidade do artigo 28[18] da Lei nº 11.343/2006, afastando os efeitos de natureza penal para condutas relacionadas à posse de *cannabis* para consumo pessoal, fixando-se presunção relativa de mero uso para a posse de até **40 gramas de maconha**, sendo possível outro entendimento quando presentes indícios de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, circunstâncias da apreensão e objetos associados ao tráfico.

E, na espécie, observa-se que:

a) a quantidade de droga apreendida – 1.635g de cocaína – é de natureza diferente, e, largamente, superior ao limite de 40 gramas previsto pelo Supremo Tribunal Federal como indicativo de consumo pessoal (Num. 108519015); e

b) os entorpecentes estavam fracionados em embalagens individuais, características de comercialização, conforme aponta o Laudo de Exame de Entorpecente (Num. 108519015), a exigir que se opere o *distinguishing* entre o

[18] Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (...).

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
70
Carimbado Eletronicamente

presente caso e o paradigma em que ancorou o Pretório Excelso no julgado suso referido;

c) verifica-se que os agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante prestaram declarações coerentes, firmes e uníssonas, tanto em sede inquisitorial (Num. 108519028 e 108519004), como em Juízo (Num. 124277995).Ea forma de acondicionamento da substância entorpecente em conjunto ao que disseram, aponta, indubitavelmente, para o envolvimento dos apelantes **EMERSON** e **SUELLEN** no tráfico ilícito de entorpecentes;

d) Assim, confere-se crédito à palavra dos policiais militares, que, em Juízo (Num. 124277995), narraram de forma segura e clara a dinâmica dos fatos, que resultaram na apreensão do material ilícito, não se vislumbrando, pelo conjunto probatório a menor intenção dos agentes da lei acusarem, injustamente, os sentenciados, além de terem agido acoroçoados e encorajados por um motivo nobre e elogiável, qual seja, o de reprimir o abominável e execrável comércio ilícito de entorpecentes, que tantas vítimas já fez.

E frisa-se, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, veiculado no informativo 756: **O testemunho prestado em juízo pelo policial deve ser valorado, assim como acontece com a prova testemunhal em geral, conforme critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos**[19], cabendo ressaltar, mais uma vez, que para a caracterização do crime de tráfico de drogas, não se exige, sequer, a prova flagrancial do comércio, ou melhor, que o agente do crime seja encontrado no ato da mercancia, pois múltiplo o tipo, bastando para sua configuração que o agente realize qualquer uma das condutas descritas no tipo, sendo prescindível o estado flagrancial no tocante à venda do entorpecente.

Outro não é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça: (1) APELAÇÃO. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ACUSADO FLAGRADO NA POSSE DE 162,3G (CENTO E SESSENTA E DOIS GRAMAS E TRÊS DECIGRAMAS) DE MACONHA, ACONDICIONADA EM 80 (OITENTA) EMBALAGENS DE FILME PLÁSTICO COM ETIQUETA "CV - HIDROPONICA - 10", E 1,3G (UM GRAMA E TRÊS DECIGRAMAS) DE COCAÍNA, ALÉM DE UM CADERNO COM ANOTAÇÕES REFERENTES A COMERCIALIZAÇÃO

[19] BRASIL. STJ. 5ª Turma. AREsp 1936393-RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/10/2022 (Info 756).

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
71
Carimbado Eletronicamente

ESPÚRIA. USUÁRIO DE DROGA, PRESO LOGO APÓS ADQUIRIR ENTORPECENTE COM O ACUSADO, O QUAL AFIRMOU QUE COMPROU COCAÍNA COM O MESMO. (...) **Por outro lado, insta registrar que, a jurisprudência é pacífica, no sentido de que os depoimentos de policiais não devem ser desacreditados, tão-somente, pelo fato de no momento da prisão, estarem atuando como agentes da lei**, como tenta fazer crer a Defesa. (...). **O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a matéria, quanto à validade de depoimentos de servidores policiais, prestados judicialmente, não carecendo desacreditá-los, tão só pela qualidade funcional. Precedentes jurisprudenciais. À toda evidência, a palavra dos agentes de segurança pública goza da presunção de veracidade, sendo certo que não foi trazido aos autos qualquer dado, que retirasse a credibilidade de seus depoimentos, apresentando-se suas declarações respaldadas pelas demais provas do processo, pelo que há de se tomá-los como verdadeiros, não merecendo qualquer descrédito só por força da condição funcional**. A Defesa, por sua vez, não produziu provas contundentes a respeito de suas alegações, uma vez que, como no caso em exame, as narrativas dos agentes estatais foram corroboradas em juízo, sob o crivo do contraditório, fazendo por incidir o enunciado nº 70 da súmula de jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça. (...) CONHECIMENTO DO RECURSO, COM REJEIÇÃO DAS QUESTÕES PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, DESPROVIMENTO DO MESMO.[20] (2) APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). RÉU QUE TINHA SOB SUA POSSE, PARA FINS DE VENDA, 30,3G (TRINTA GRAMAS E TRÊS DECIGRAMAS) DE "MACONHA", ACONDICIONADOS EM 02 (DOIS) TABLETES. (...) PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. CREDIBILIDADE DAS NARRATIVAS DOS POLICIAIS MILITARES. APLICAÇÃO DO VERBETE Nº 70 DA SÚMULA DO TJRJ. FINALIDADE MERCANTIL DA DROGA APREENDIDA DEVIDAMENTE COMPROVADA. COM RAZÃO O RECORRENTE. A materialidade e a autoria do crime restaram comprovadas. depoimentos dos policiais que devem ser avaliados no contexto probatório em que estão inseridos. agentes do estado que não podem ser impedidos de prestar depoimento acerca das diligências que participam, a não ser quando provada a parcialidade ou suspeição. validade do depoimento policial como meio de prova e sua suficiência para o embasamento da condenação. verbete 70 da súmula desta corte. precedentes desta quarta câmara criminal. para a caracterização do delito previsto no artigo 33 da lei nº 11.343/2006, **a lei não exige que o agente seja colhido no ato da venda da droga ou do fornecimento da substância entorpecente a terceiro, bastando que realize qualquer uma das condutas descritas no tipo**. (...) 5. a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, **quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;**(...)". (...) Recurso a que se dá

[20] BRASIL. TJRJ. Processo 0087133-09.2022.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 31/07/2024 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
72
Carimbado Eletronicamente

provimento para condenar o réu pela prática do crime do artigo 33, caput, da lei 11.343/06, nos termos supracitados.[21]

Por todo o exposto, verifica-se que as condutas dos acusados **EMERSON** e **SUELLEN** se amoldam, efetivamente, na norma incriminadora do artigo 33, *caput*[22], Lei n° 11.342/06, despontando hígido e escorreito o decreto condenatório exarado.

Isto posto, fato é que assiste razão à Procuradoria de Justiça, em seu parecer de item 000008: "(...) A materialidade e a autoria dos crimes restaram sobejamente provadas pelo Auto de Prisão em Flagrante no index. 108519001; Registro de Ocorrência (index. 108519002); pelos Laudos de Exame de Entorpecentes (indexadores 108519009 e 10819015); Termos de Declaração (index. 108519004 e108519008); Auto de Apreensão (index. 108519005); Laudo de Exame de Descrição de Material (para endolação) no index. 118647307 e 118647308 (aparelhos celulares), bem como por toda a prova oral produzida em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, os depoimentos dos policiais militares Igor Souza Lima Rodrigues e Paulo Fellipe da Silva em juízo, são uníssonos em relatar a dinâmica dos fatos e as circunstâncias da prisão em flagrante dos acusados."

Distinta é a prova dos autos em desfavor do apelante **RARY.**

Deveras, nos termos da prova já examinada acima, e ao contrário do que se passou com **EMERSON,** nada de ilícito foi encontrado com os policiais com **RARY,** e na sua residência foram arrecadados, em local por ele próprio apontado, balanças de precisão, "sacos de geladinhos", peneira, grampeador, etiquetas indicando "20" e tubos plásticos (Id110819049), **os quais consubstanciam material para endolação, mas não "drogas" para fins de tipificação penal.**

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, em seu artigo 66, estabelece

[21] BRASIL. TJRJ. Processo: 00095165520208190061 202405006647, Relator: Des(a). LUIZ MARCIO VICTOR ALVES PEREIRA, Data de Julgamento: 30/07/2024, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/07/2024.

[22] Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
73
Carimbado Eletronicamente

que: "Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União."

E, nesta senda, a definição das substâncias consideradas como "drogas" está estabelecida na **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde**, a qual aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, listando as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, não constando do seu rol quaisquer dos materiais encontrados na casa de **RARY.**

Assim, em relação a **RARY,** sequer, há prova da **materialidade** do crime de tráfico de drogas, tal como imputado na denúncia e acolhido na sentença recorrida.

Agregue-se ao sobredito que, segundo recente orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, para a comprovação da materialidade do crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a arrecadação da droga, não podendo a materialidade ser demonstrada por outros elementos de prova, como interceptações telefônicas, depoimentos prestados por policiais, provas documentais produzidas durante a instrução criminal, segundo razões de decidir do seguinte Julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE DE ARMAS. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO APREENSÃO DE ENTORPECENTES E DE ARMAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Em recente julgado, a Terceira Seção desta Corte Superior reiterou o posicionamento pela impossibilidade de condenação, pelo crime do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, quando não há apreensão de droga, ainda que sejam mencionadas outras provas a indicar a dedicação do acusado à venda de entorpecentes. Na oportunidade, concluiu-se que, "embora os depoimentos testemunhais e as provas oriundas das interceptações telefônicas judicialmente autorizadas tenham evidenciado que a paciente e os demais corréus supostamente adquiriam, vendiam e ofereciam 'drogas' a terceiros - tais como maconha, cocaína e crack -, não há como subsistir a condenação pela prática do delito descrito no art. 33, caput , da Lei n. 11.343/2006, se, em nenhum momento,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
74
Carimbado Eletronicamente

> houve a apreensão de qualquer substância entorpecente, seja em poder dela, seja em poder dos corréus ou de terceiros não identificados" (HC n. 686.312/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 19/4/2023).[23]

Somente à guisa de ilustração, observe-se o enfatizado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz: (...) "Não obstante os esforços do ora agravante em fundamentar as razões do recuso, não constato argumentação suficiente para infirmar a decisão agravada, cuja conclusão mantenho. Em sessão ocorrida no dia 12/4/2023, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 686.312/MS (Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 19/4/2023), concluiu que "para a condenação de alguém pela prática do crime de tráfico de drogas, é necessária a apreensão de drogas e a consequente elaboração ao menos de laudo preliminar, sob pena de se impor a absolvição do réu, por ausência de provas acerca da materialidade do delito". (...) Diante desse cenário, considerando que não houve apreensão de nenhuma substância ilícita em poder de qualquer dos acusados, correta a decisão do Tribunal de origem. (...)

Daí, como se verifica do conjunto probatório, a despeito da arrecadação de material de endolação na residência de **RARY,** o que poderia, em tese, configurar outro da Lei 11.343/06, pelo qual não foi denunciado, nem operadas a *emendatio* ou *mutatio libelli* no devido momento processual, **o que, aqui, se descarta em atenção ao princípio da correlação**, segundo julgado que abaixo se colaciona: **APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NÃO COMPROVADO. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO. USO DE ENTORPECENTE. MUTATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 453 DO STF. NECESSÁRIA ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO**[24] (Súmula 453 do STF: Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa).

Assim, ainda que se entenda, como fez o *Parquet,* que há indícios da prática, pelo recorrente, do injusto narrado na denúncia, não há prova induvidosa da acusação que lhes foi feita – considerando – repita-se – a ausência da arrecadação de entorpecente na posse do recorrente**, impondo-se, assim, a absolvição do apelante RARY,** em

[23] BRASIL. STJ. AgRg no AREsp n. 2.411.534/MG. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Data do Julgamento: 19/3/2024. Sexta Turma.
[24] BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO CRIMINAL. Processo 0168978-68.2019.8.19.0001. Des(a). MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. QUINTA CÂMARA CRIMINAL. Julgamento: 21/03/2023.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
75
Carimbado Eletronicamente

estrita observância aos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, não se podendo atribuir a ele a carga de drogas encontrada com **EMERSON** ou **SUELLEN** em outros locais.

Entendimento contrário, acabaria por adotar a responsabilidade penal objetiva já banida no moderno direito penal, como dito pelo Professor Cezar Bitencourt "... nas palavras do próprio Roxin: "Quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado". Ou seja, segundo Roxin, *é insuficiente que haja indícios de sua ocorrência*, aliás, como é próprio do Direito Penal do fato, que exige um *juízo de certeza* consubstanciado em prova incontestável. Nesse sentido, convém destacar lição elementar: *a soma de indícios não os converte em prova* provada, ou como se gosta de afirmar, acima de qualquer dúvida razoável. A eventual dúvida sobre a culpabilidade de alguém, por menor que seja, é fundamento idôneo para determinar sua absolvição"[25].

E, como se sabe, para um decreto condenatório, necessário que não haja nenhuma sombra de dúvidas, de maneira que, sem que a prova coligida aos autos possa, com certeza, atestar a autoria e materialidade delitivas, a melhor solução é a absolvição.

É sempre bom lembrar a lição de Heleno Cláudio Fragoso que assevera: "a condenação exige certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de nossa mente em torno da existência de certa realidade."[26]

Na mesma toada, nos ensina Borges da Rosa: "(...) a acusação deve apresentar provas de certeza e a defesa pode limitar-se a provas de probabilidade, de verossimilhança, de credibilidade que gerem dúvidas, porque *in dubio pro reo*."[27]

Em adendo, negrita-se que, no processo penal, cabia ao Ministério Público a prova do envolvimento dele no tráfico ilícito de entorpecentes, ônus do qual, no caso destes autos, não se desincumbiu, sem que se olvide que a presunção de inocência vem em favor dele e o ônus da prova cabe à acusação, consoante as lições doutrinárias, respectivamente,

[25] (Em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em: 04 novembro 2017.)

[26] PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a. ed., pp. 151 e 152.

[27] PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a. ed., pp. 151 e 152.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
76
Carimbado Eletronicamente

de Eugênio Pacelli e Guilherme Nucci: **(1)** "(...) **Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime**. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir a prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. (...) Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, consequentemente, do *in dubio pro reo*.[28] (...)". **(2)** "(...) **Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer**. (...)"**.**[29]

Por tudo isso, impõe-se a absolvição do acusado **RARY** pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*[30], da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 386, inciso III[31], do Código de Processo Penal.

.DO CRIME DO ARTIGO 35, CAPUT, DA LEI N° 11.343/06.

Os apelantes **SUELLEN**, **RARY** e **EMERSON** foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 35, *caput*[32], da Lei n° 11.343/0, pois teriam, desde de data que não se pode precisar, mas certo de que até dia 21 de março de 2024, de forma livre, consciente e voluntária, se associado entre si e a indivíduos não identificados, todos integrantes da facção criminosa Comando Vermelho, para fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas**.**

[28] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008, p. 344/5.
[29] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. Editora Del Rey: São Paulo, 2004, p. 293.
[30] Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
[31] Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)
III - não constituir o fato infração penal;
[32] Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º , e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
77
Carimbado Eletronicamente

Inicialmente, cumpre salientar que o crime previsto no 35, *caput*[33], da Lei nº 11.343/06 não se configura diante de uma associação meramente eventual, mas, apenas, quando esta for estável e duradoura, ligada pelo *animus* associativo dos agentes, formando, assim, uma verdadeira *societas sceleris*, não se confundindo, pois, com a coautoria, não exigindo o tipo penal em apreço habitualidade na conduta criminosa, bastando seja configurado o intuito associativo entre os agentes para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes de maneira estável e permanente.

Neste sentido, a doutrina ensina que: "exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum."[34]

E as circunstâncias da prisão dos apelantes **SUELLEN**, **RARY** e **EMERSON** e a prova carreada aos autos, **não** apontam na direção inequívoca da existência de um vínculo associativo estável e permanente entre os recorrentes, a fim de praticarem, reiteradamente, ou não, o tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesta senda, colaciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS Nº 855476 - RJ (2023/0339072-0) (...) Com efeito, o Tribunal de origem, após a detida análise do conjunto probatório amealhado ao longo da marcha processual, concluiu pela comprovação da autoria e materialidade delitivas, nos seguintes termos (e-STJ fls. 60/62): Verifica-se que policiais militares, no dia 01-10-2015, por volta das 11h, se dirigiram para a comunidade conhecida como DIC, situada no bairro Sarapuí, Duque de Caxias, em operação para reprimir o tráfico de drogas, cercando a localidade. Adentraram a comunidade e logo avistaram Josimar Pereira Rodolfo com uma arma de fogo em punho, um saco plástico na mão e um rádio transmissor pendurado no pescoço. Josimar avistou os policiais, jogou ao chão a pistola e a sacola plástica, se evadindo com o rádio transmissor. Logo à frente, Josimar foi preso pelo PM Ferreira, que apreendeu o referido rádio. O PM Jorge Luiz arrecadou a arma de fogo, constatando que se tratava de um simulacro, além da sacola, dentro da qual havia drogas. Então, deixaram Josimar na viatura e prosseguiram na missão. Logo depois, avistaram Weslley e Reginaldo, juntos, os quais empreenderam fuga, também juntos, em direção ao mangue, mas não conseguiram passar, momento em que foram interceptados. Weslley empunhava uma pistola, marca Bersa, calibre 9mm, e três munições, enquanto Reginaldo tinha consigo uma mochila, dentro da qual havia entorpecentes, e um rádio transmissor. Destarte, o argumento de que foi apreendido

[33] Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º , e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

[34] NUCCI, Guilherme de Souza: Leis Penais e Processuais Penas Comentadas, 4ª edição, Ed. RT, página 366.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
78
Carimbado Eletronicamente

com Josimar apenas um rádio transmissor (ver sentença às fls. 285),não convence. Como bem salientou a magistrada sentenciante, "não existe divergência entre os depoimentos dos policiais", sendo certo que o policial Jorge Luiz (depoimento transcrito às fls. 284), afirmou que em poder de Josimar foi encontrado um simulacro de arma de fogo, um rádio transmissor e uma sacola contendo entorpecentes. Weslley, por seu turno, se encontrava logo à frente, ao lado de Reginaldo. Weslley empunhava uma pistola 9mm, com a função de segurança do local, para garantir a venda ilícita de entorpecentes, os quais se encontravam na mochila que se encontrava com seu comparsa, Reginaldo, além de outro rádio transmissor. **O crime de associação ao tráfico exige, para sua configuração, a prática, reiterada ou não, de condutas que visem facilitar a consumação dos crimes previstos nos art. 33, caput, e § 1º, e art. 34 da Lei 11343/06, sendo necessária a demonstração do ânimo associativo, um ajuste prévio referente à formação do vínculo, para a prática dos crimes que enumera**. Já o delito do art. 37da Lei 11343/06 visa àqueles que normalmente não integram, possuem qualquer vínculo ou relação com o grupo, organização ou associação criminosa, mas acabam colaborando, eventualmente, com informações úteis e relevantes. Assim, o exercício da função de "olheiro" dentro da associação é próprio do tipo penal previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, no qual a divisão de tarefas da organização criminosa é uma necessidade para alcançar o objetivo principal, o tráfico de drogas. [...] **Como é de conhecimento de todos, nas localidades onde são comandadas por facção criminosa, no presente caso, C. V., é impossível que alguém realize o comércio ilícito sem pertencer a tal organização ou aliar-se ao "chefe". [...] Portanto, pelos depoimentos dos policiais que diligenciaram, restou demonstrado que os apelados estavam associados entre si e a outros elementos para praticar o tráfico ilícito de drogas, exercendo cada um uma função específica, integrando todos eles a facção criminosa Comando Vermelho. Pune-se, na espécie, aquele que, reiteradamente ou não, se associa para o fim de cometer o crime em referência, situação que bem se amolda à hipótese presente. Assim, certa é a materialidade e a autoria quanto ao delito de associação para o tráfico atribuídas aos recorridos**. (grifei) Como mencionado no acórdão recorrido, a prova da associação entre os agentes envolvidos não se faz com a exibição de contratos, estatutos, normas, regulamentos etc., como acontece com as associações lícitas (e-STJ fl. 62). Para a configuração do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 deve-se comprovar a existência de um elo ligando um criminoso ao outro, o que ocorreu no caso, através da comprovação de elementos concretos e contextualizados. Ressalto que a prisão dos pacientes em local dominado por facção criminosa, empunhando armas de fogo e com rádios transmissores são indicativos do pacto de associação. Se o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e provas entendeu pela comprovação da autoria e materialidade delitivas, não compete a esta Corte Superior, cuja vocação constitucional é unificar a interpretação legal, contrariar tal conclusão. (...)[35]

E, aqui, o único elemento de prova carreada aos autos – e que se somou para a procedência da pretensão punitiva estatal quanto ao crime de tráfico de drogas - foi a apreensão do material entorpecente **– 1.635g de cocaína, acondicionada em 1.163 eppendorfs embalados individualmente em retalhos de plástico transparentes fechados com grampos metálicos e papéis com as inscrições "CV – PÓ DE 20$ – O BRABO – QUALQUER VIOLAÇÃO RECLAMAR NA BOCA" ou apenas "20" e o desenho de três listras horizontais nas cores da bandeira colombiana (amarelo, azul e vermelho), conforme laudo de exame de entorpecente de ID 108519009, auto de apreensão de ID 108519003 e fotos em IDs 108519011 e 108519013,** na casa de **SUELLEN**, após **RARY** a apontar, e **EMERSON,**

[35] STJ - HC: 855476, Relator: Ministra DANIELA TEIXEIRA, Data de Publicação: 08/05/2024.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
79
Carimbado Eletronicamente

flagrado com 7 (sete) pinos de cocaína, citar Rary, o que indica que as prisões ocorreram em diligências sucessivas e locais distintos, mas não comprova, sem margem para dúvidas, que existia uma associação estável e permanente entre os réus.

Assim, inexistem elementos que indiquem que consciência e vontade de se associarem entre si e a outros não identificados para a prática do crime de tráfico ilícito de drogas, restando indemonstrado o vínculo de estabilidade e permanência entre eles para a prática da mercancia das drogas e condutas afins, o que é imprescindível para a configuração da associação, concluindo-se, assim, da não comprovação da circunstância elementar do tipo penal, qual seja, o número mínimo de agentes - 02 (dois) - de forma a impor sua absolvição, trazendo-se à baila a jurisprudência deste Tribunal de Justiça: (...) **PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. DENÚNCIA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGO 35 DA LEI 11343/2006). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL PUGNANDO PELA REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE O ACUSADO SEJA CONDENADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO DO INCONFORMISMO MINISTERIAL. A ACUSAÇÃO POSTA NA DENÚNCIA É NO SENTIDO DE QUE O RÉU, ORA APELADO, CONSCIENTE, VOLUNTÁRIA E LIVREMENTE, ASSOCIOU-SE COM ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA AOS TRAFICANTES NÃO IDENTIFICADOS DO "TCP" COM ATUAÇÃO NO KM 15 DA BR-101, EM TRAVESSÃO DE CAMPOS, PARA O FIM DE PRATICAR O DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N° 11.343/06, TENDO EM VISTA QUE FOI AVISTADO DISPENSANDO ALGO AO SOLO E, APÓS SER ALCANÇADO E NADA DE ILÍCITO COM ELE SER ENCONTRADO, LOCALIZARAM PRÓXIMO AOS SEUS PÉS UM RÁDIO TRANSMISSOR LIGADO, COM UM ELEMENTO FALANDO "DÁ A PISTA", GÍRIA USADA POR TRAFICANTES COBRANDO AO OLHEIRO A LOCALIZAÇÃO DA VIATURA. A INSTRUÇÃO CRIMINAL SE FEZ INSUFICIENTE PARA UM JUÍZO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO QUE SE MANTÉM. DELITO PLURISSUBJETIVO. INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA EM RELAÇÃO AOS SUPOSTOS ELEMENTOS A QUEM ESTARIA ASSOCIADO O APELADO. ADEMAIS, COMPREENDE-SE QUE A IMPUTAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ESTÁ ESCORADA APENAS EM INDÍCIOS, QUE NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA A REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PARA UM JUÍZO DE REPROVAÇÃO. (...) DESPROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**[36]

Em seu voto, enfatizou o Desembargador José Muiños Piñeiro Filho:

(*omissis*).....

[36] BRASIL. TJ/RJ. APELAÇÃO. Processo 0002169-49.2019.8.19.0014. Des(a). JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO. SEXTA CÂMARA CRIMINAL. Julgamento: 01/10/2024.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
80
Carimbado Eletronicamente

Pois bem. Por primeiro, no que tange à conduta de associação para o tráfico imputada ao ora apelado, mister salientar que a própria denúncia se afigura inepta por vício na tipicidade da conduta imputada porquanto o crime definido no art. 35 da Lei 11.343/2006 exige a indicação de pelo menos dois agentes denunciados, salvo tão só quando o segundo agente for inimputável ou por qualquer razão encontra-se extinta a punibilidade (óbito, prescrição etc.), mas desde que plenamente identificado.

No ponto, não basta à denúncia a simples informação de que o réu está *associado aos traficantes não identificados do "TCP"*, com o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de entorpecentes.

A questão é de tipicidade penal e todo tipo penal possui componentes elementares que, à falta de um único elemento, ou a conduta não se faz típica ou a hipótese é de outro crime por reclassificação da conduta.

Em outras palavras – afastada a ressalva supra – será inepta a denúncia quanto ao crime do art. 35 da Lei de Drogas se apenas uma única pessoa for denunciada.

(...)

Na hipótese dos autos, **não se tem como admitir uma associação se apenas uma pessoa foi denunciada**. A sociedade criminosa exige, para sua caracterização elementar, que ao menos duas pessoas sejam denunciadas (no caso do art. 35 da Lei 11.343/2006); outras pessoas (art. 288 do CP) ou quatro pessoas (ver organização criminosa).

Destarte, a inépcia da denúncia já estava a exigir a absolvição do recorrente quanto ao crime do art. 35 da Lei de Drogas.

Por segundo, esta Relatoria compreende que, para a caracterização do delito de associação para o tráfico, mister se faça prova de que existe o vínculo associativo para a prática da mercancia, sob pena de se incorrer numa condenação quase que automática no delito do artigo 35 da Lei de Drogas.

A se acatar o pleiteado pelo Ministério Público, estar-se-á admitindo uma condenação sem que o *dominus litis* tenha se desincumbido de provar os fatos articulados na denúncia o que, em última análise, acaba por gerar uma inversão do ônus da prova, pois assim, caberia ao réu provar que não estava associado.

Como venho **reiteradamente** decidindo, a prisão em flagrante de duas ou mais pessoas na mesma ocasião, não induz, por si só, à conclusão de que estivessem associadas para o tráfico de entorpecentes. **Ainda mais no presente caso, em que o apelante foi preso sozinho.**

Isso porque compreendo que o delito de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) caracteriza-se como delito permanente, de perigo abstrato, exibindo natureza plurissubjetiva, de condutas paralelas, cujo tipo incriminador se posta a exigir a multiplicidade de, no mínimo, dois concorrentes, imunes ou não ao juízo de censura inerente à culpabilidade de algum deles, mas todos reunidos em *societas delinquentium*, ainda que rudimentar, **rigorosamente identificada pelos atributos marcantes da estabilidade e da permanência**. Em outras palavras, significa que sua tipicidade somente se evidencia através da comprovação do **vínculo estável** entre ao menos dois dos agentes, com vistas à prática dos crimes previstos no art. 33, *caput* e §1º e art. 34, da Lei Antidroga, mas que, *data máxima venia*, não se verificou nos autos.

(...)

Soma-se, também, a doutrina: **(1)** "Entende-se por concurso de pessoas (*concursus delinquentium*) a reunião de vários agentes concorrendo, de forma, relevante para a realização do mesmo evento, agindo todos com identidade de propósitos."[37] **(2)** "Art. 35. **9. Estabilidade**. Exige-se um *animus* associativo. A associação deve ser estável, contínua. Não existe esse delito sem a estabilidade. É justamente essa estabilidade, associada à permanência, que caracteriza o delito de associação para o tráfico. Ausente essa estabilidade, ou seja, se a associação se formar para a prática de um ou outro ato isolado de tráfico, tem-se apenas uma coautoria no delito de tráfico de

[37] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral / 12. Ed. rev.atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM,2020. p.455.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
81
Carimbado Eletronicamente

drogas."[38] e o voto do Desembargador Presidente desta Câmara, Luiz Zveiter: APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E ABSOLVEU OS APELADOS, COM BASE NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DA IMPUTAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, DESCRITOS NOS ARTIGOS 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06, NA FORMA DO ATIGO 69 DO CÓDIGO PENAL. APELO MINISTERIAL BUSCANDO A REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE OS APELADOS SEJAM CONDENADOS NOS TERMOS DA DENÚNCIA. NO CASO, A MATERIALIDADE DELITIVA RESTOU POSITIVADA NOS AUTOS PELO LAUDO DE EXAME DE ENTORPECENTES. EMBORA A MATERIALIDADE DO DELITO ESTEJA COMPROVADA, O CONTEXTO PROBATÓRIO REUNIDO AOS AUTOS NÃO FOI CAPAZ DE DEMONSTRAR A AUTORIA DOS CRIMES IMPUTADOS AOS APELADOS. OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO DOS RÉUS MOSTRARAM-SE CONTRADITÓRIOS EM PONTOS ESSENCIAIS, NÃO TRANSMITINDO A SEGURANÇA E CERTEZA PARA UM JUÍZO DE REPROVAÇÃO, **AINDA QUE OS ACUSADOS PUDESSEM, EFETIVAMENTE, ESTAREM ENVOLVIDOS COM O TRÁFICO DE DROGAS. COMO SABIDO, O PRINCÍPIO DO "IN DUBIO PRO REO" É APLICADO NOS CASOS EM QUE A DÚVIDA SE INTERPRETA EM FAVOR DO ACUSADO. ISSO PORQUE A GARANTIA DA LIBERDADE DEVE PREVALECER SOBRE A PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. DA MESMA FORMA, NÃO RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS A ESTABILIDADE E A PERMANÊNCIA DA REUNIÃO DOS APELADOS COM OS INTEGRANTES DA FACÇÃO CRIMINOSA COMANDO VERMELHO PARA A PRÁTICA DE ATOS DE TRAFICÂNCIA**. ASSIM, CONSTATA-SE QUE AS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS NÃO FORAM CAPAZES DE COMPROVAR A PRETENSÃO DEDUZIDA NA DENÚNCIA MOVIDA EM FACE DOS ORA APELADOS, DEVENDO SER MANTIDA A ABSOLVIÇÃO, COM BASE NO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (0238606-42.2022.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). LUIZ ZVEITER - Julgamento: 27/02/2024 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Deste modo, eventual procedência da pretensão punitiva estatal deve ser pautada em dados concretos, devidamente, demonstrados pelo caderno de provas, registrando-se que o *decisum* não pode ser baseado em ilações de que estariam eles associados, destacando-se, por fim:

1) os réus, em sede policial, bem como perante o Juízo, exerceram o direito constitucional ao silêncio;

2) as circunstâncias da prisão, **por si sós, não são hábeis de servir de suporte para a condenação pelo crime de associação para o tráfico**, pois não evidenciam - repita-se - a **estabilidade e permanência** de associação voltada para o tráfico de drogas;

3) os agentes da lei nada elucidaram sobre o eventual envolvimento dos recorrentes de forma duradoura no comércio de drogas;

4) não foram apreendidos na operação policial objetos, comumente, indicativos da formação de uma *societas sceleris*, como, *v.g*., radiotransmissor ou caderno de anotações do tráfico;

5) malgrado conste anotação de fato pretérito alusivo ao crime da Lei de Drogas nas FAC de **EMERSON** (id108563196) não há condenação definitiva, ao passo que na folha de **SUELLEN** não há qualquer outro apontamento além do presente processo (id108563194), de modo que podem ser

[38] HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais. Volume único – 12.ed., rev.atual. e ampl. – São Paulo: JusPODIVM,2022. p.455.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
82
Carimbado Eletronicamente

considerados primários, ao passo que **RARY** foi absolvido do crime de tráfico imputado nestes autos;

6) não foram, assim, demonstrados os requisitos exigidos para caracterização do respectivo crime, cabendo ressaltar que os agentes da Lei não trouxeram aos autos qualquer prova e/ou circunstância que demonstrasse a estabilidade e permanência de uma sociedade delinquencial entre os acusados e outros ainda não identificados, ou seja, que estivessem juntos e reunidos, num só acordo de vontades, de forma predeterminada e estável para a exploração do nefasto comércio de substância entorpecente, concluindo-se, assim, da não comprovação da circunstância elementar subjetiva do tipo penal, qual seja, o intuito associativo entre os agentes para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes de maneira estável e permanente de forma a conservar sua absolvição.

7) o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o flagrante do delito de tráfico de drogas ocorrido em comunidade apontada como local dominado por facção criminosa, *de per si*, não permite presumir que os réus estejam associados (de forma estável e permanente) à referida facção, sob pena de se validar a adoção de uma seleção criminalizante norteada pelo critério espacial e de se inverter o ônus probatório, atribuindo a prova de fato negativo à Defesa.

Confira-se: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE E DA PERMANÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE DO AFASTAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **I - O tipo previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas se reúnem com a finalidade de praticar os crimes previstos nos artigos 33 e 34 da norma referenciada. Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer tais delitos. II - Os fundamentos do acórdão impugnado indicam a existência de dedicação a atividades criminosas voltadas ao tráfico ilícito de entorpecentes. Entretanto, não entrevejo vínculo associativo estável e permanente, a ensejar a configuração do crime de associação para o tráfico.** III - No tocante à personalidade do agente, "resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. Não se admite, pois, que seja presumido que o réu ostenta personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito ou com fundamento em condenação por fato posterior ao apurado nos autos" (HC n. 566.684/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/06/2020). IV- O Tribunal de origem, ao manter o aumento da pena-base em razão da personalidade desfavorável aos pacientes, incorreu em ilegalidade, pois o fato de terem sido presos e condenados por delitos da mesma espécie, praticados cerca de dois meses depois da liberdade provisória concedida nos presentes autos

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
83
Carimbado Eletronicamente

(fato posterior), não constitui fundamentação idônea para tanto. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 796.142/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.)

E, como assentado pela jurisprudência, o simples fato de que o local da prisão ser comunidade carente dominada por facção criminosa não autoriza a presunção de que os réus, ainda que presos numa operação policial, em sucessivas diligências, como ocorrente *in casu,* estivessem a ele associados, de forma permanente e estável, para o tráfico de drogas, consoante aresto do Superior Tribunal de Justiça no trato da matéria: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO NÃO DEMONSTRADOS. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. I. CASO EM EXAME1. Habeas corpus impetrado em favor de condenado por tráfico e associação para o tráfico de drogas, questionando a ausência das elementares do tipo previsto no art. 35 da Lei de Drogas, e dosimetria da pena. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO2. A questão em discussão consiste em saber se é cabível o habeas corpus como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, e se há flagrante ilegalidade na dosimetria. III. RAZÕES DE DECIDIR3. O habeas corpus não é admitido como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.**4. Cediço o entendimento de que a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas pressupõe a demonstração da estabilidade e permanência do vínculo associativo, o que não ocorreu no caso dos autos.5. Afastada a condenação por associação para o tráfico de drogas, cabível a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar mínimo, haja vista a grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas.** IV. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.[1]

Com maestria, em seu voto, destacou a ilustre Ministra Daniela Teixeira: **"(...) Como se vê, assiste razão à defesa ao pugnar pela cassação da condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas que, segundo pacífico entendimento deste Tribunal, demanda a demonstração da estabilidade e permanência do vínculo associativo, que não pode ser presumido unicamente em decorrência da prisão ter ocorrido em local dominado por organização criminosa, uma vez que esse fato, por si só, evidencia somente o concurso de agentes e não autoriza a condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006."**

Diante de tudo isso, escorreita a improcedência da pretensão punitiva estatal dos acusados quanto à imputação do artigo 35 da Lei de Drogas, porquanto não se pode olvidar que a presunção de inocência vem em favor dos denunciados e o ônus da prova cabe à acusação e, inexistindo nos autos elementos consistentes a fundamentar a certeza da autoria delitiva, impõe-se sua absolvição em observância aos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção da inocência, destacando-

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
84
Carimbado Eletronicamente

se, aqui, arestos do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça: **(1) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVA CONCRETA DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES POR TRÁFICO DE DROGAS E PRISÃO REALIZADA EM LOCAL SABIDAMENTE DOMINADO POR FACÇÃO CRIMINOSA. INSUFICIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. Para a caracterização do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta e inequívoca do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, caput e § 1º e/ou do art. 34 da mencionada lei. Precedentes. 2. No caso dos autos, a Corte local não apresentou elementos concretos dos autos aptos a demonstrar efetivamente o animus associativo entre o paciente e outros indivíduos. Ao contrário, o paciente foi preso em flagrante, denunciado e condenado sozinho, não havendo comprovação da elementar do tipo "pluralidade de agentes". 3. O fato de haver registro de anterior investigação ou ação penal em curso pela prática de crime previsto na Lei n. 11.343/2006 não tem o condão de, por si só, presumir o vínculo associativo, estável e permanente entre os supostos agentes. Também não se faz possível a condenação pelo delito de associação para o tráfico em razão de a prisão ter sido realizada em local sabidamente dominado por facção criminosa. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 830.524/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 18/3/2024.) (2) (...) 4- Recurso ministerial. Condenação pelo delito do artigo 35 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Na espécie, pune-se aquele que, reiteradamente ou não, se associa para o fim de cometer o crime de tráfico de drogas, situação que não se amolda à hipótese presente. Contata-se dos depoimentos colhidos em Juízo que o acusado foi preso sozinho em casa, não havendo qualquer prova que ligue o réu a grupo criminoso. Não há também qualquer investigação pretérita e nem mesmo foi apreendido em poder do acusado qualquer elemento indicativo de associação dele com outros elementos, como por exemplo, rádio comunicador, anotações do tráfico e etc. Impossível considerar também as condenações transitadas em julgado para comprovar qualquer vínculo com a facção criminosa que domina aquela localidade, qual seja, ¿Comando Vermelho¿. O que temos aqui são informações de transeuntes no sentido de que o réu seria ligado ao tráfico local, não havendo qualquer investigação nesse sentido. As testemunhas ouvidas não conheciam o réu e nem ouviram qualquer informação sobre ele após a efetivação da prisão. Logo, outro caminho não resta senão manter a sentença absolutória em relação ao delito previsto na Lei 11.343/06. (...) (0031372-90.2022.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO - Julgamento: 20/02/2024 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL)**

E as lições, respectivamente, dos Professores Eugênio Pacelli e Guilherme Nucci: "(...) **Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime**. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir a prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. (...) Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, consequentemente, do *in dubio pro reo*. (...)". [39]"(...) **Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à *materialidade* do fato (sua existência) e de sua *autoria*, não se impondo o ônus de demonstrar a *inexistência* de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.** (...)". [40] e a jurisprudência deste Tribunal de Justiça: (...) DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. Da análise conjunto probatório não se verifica nada além do fato de que foram apreendidas a droga na posse direta dos acusados e que, na data constante da denúncia, realizavam transporte interestadual de entorpecentes, crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 c/c artigo 40, inciso V, da

[39] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008, p. 344/5.
[40] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7ª Edição. Editora Del Rey: São Paulo, 2004, p. 293.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
85
Carimbado Eletronicamente

mesma Lei. Nenhum dos Policiais Rodoviários Federais, arrolados pela acusação, foi capaz de apontar a existência de uma estrutura organizada entre os acusados e indivíduos não identificados, dedicada à prática estável e permanente do tráfico de drogas. Do produzido nos autos verifica-se que a acusação não logrou demonstrar a quem seria entregue o material entorpecente apreendido. Logo, não se desincumbiu o Parquet de trazer aos autos os elementos de convicção necessários ao reconhecimento da prática do delito tipificado no artigo 35 da Lei 11.343/06, afastando as hipóteses da eventualidade, da transitoriedade ou mesmo da coautoria, circunstâncias que descaracterizariam a associação para o tráfico, na forma do diploma supramencionado. A ausência de provas a demonstrar a união estável e permanente entre os apelantes e terceiro(s), com o fim de praticarem o tráfico de drogas, implica na absolvição dos réus da imputação pelo crime disposto no art. 35 da Lei Antidrogas, com fulcro no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal. (...). (0186151-37.2021.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 25/04/2024 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL).

Por derradeiro, inexistindo nos autos elementos consistentes a fundamentar a certeza da autoria e materialidade do crime de associação ao tráfico de drogas, impõe-se a absolvição dos apelantes pela prática do referido delito, em observância aos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção da inocência, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

.DA RESPOSTA PENAL.

A aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e de sua individualização, previstos no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República[41], segundo os ensinamentos de NUCCI: "Conceito de fixação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...)".[42]

Bem se sabe que o Julgador, ao fixar a sanção, no exercício de uma discricionariedade, juridicamente, vinculada, deve analisar todas as peculiaridades fáticas do caso

[41]Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

[42] NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 393.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
86
Carimbado Eletronicamente

concreto – circunstâncias e gravidade do delito, *modus operandi*, consequências da infração, intensidade do dolo, elementos subjetivos do agente – fundamentando a respectiva valoração para o incremento da pena.

Confira-se o julgado abaixo: DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. JÚRI. FEMINICÍDIO. ACUSADO PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 121, §2º, II, III e VI C/C § 2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL. TESE CONFIRMADA EM PLENÁRIO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. O PARQUET PUGNA PELA READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA, AFASTANDO-SE A COMPENSAÇÃO OPERADA, COM A PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO, E FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO MÍNIMA NO VALOR DE R$ 25.000,00 PARA CADA DESCENDENTE E ASCENDENTE DA VÍTIMA. A DEFESA PERSEGUE A READEQUAÇÃO DA PENA-BASE OU O AJUSTE PROPORCIONAL. (...) **3. Em relação às circunstâncias judiciais. 1) Higidez do acréscimo da reprimenda em decorrência da culpabilidade e das consequências do crime. Idôneo o desvalor atribuído pelo sentenciante, ao fundamentar a exasperação pela culpabilidade do delito. Com efeito, o caso concreto impõe o reconhecimento da reprovabilidade incrementada em razão da intensidade da violência perpetrada contra a vítima. Outrossim, as consequências do crime não são ínsitas ao cometimento do delito em questão pois ocasionado dano superior ao inerente ao tipo penal; 2) Decote da valoração negativa da personalidade do agente e de sua conduta social. A avaliação da personalidade do agente se refere às qualidades morais do indivíduo e escapa ao conhecimento do julgador, pois se faz necessário conhecimento técnico científico do qual o juiz é desprovido. A conduta social se pautou em fundamentação precária, não se podendo transigir quanto à presunção de inocência. 4. A valoração e a quantificação dosimétrica consiste em discricionariedade do Julgador. Segundo tal entendimento, ¿é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. 5. Preponderância da agravante do motivo fútil sobre atenuante da confissão, ex vi do art. 67, do Código Penal. Em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade**, nos termos do art. 67 CP, entende-se como indevida a compensação integral operada. 6. A agravante genérica relativa ao meio cruel restou configurada, devido ao modo como foi praticado o homicídio, uma vez que a vítima foi golpeada na cabeça e, em seguida, teve combustível derramado sobre seu corpo no qual foi ateado fogo. 7. Individualização da pena. Pena-base. Incremento decorrente da culpabilidade e das consequências do crime. Pena intermediária. Preponderância da agravante do motivo fútil sobre a atenuante da confissão. Agravante do meio cruel. Pena final. Inexistem demais moduladores. 8. Considerando o quantum, a hediondez do delito e as circunstâncias desfavoráveis, com fulcro no art. 33 §§ 2º e 3º do Código Penal, pertinente o regime prisional fechado. 9. No que concerne à almejada fixação de valor indenizatório por danos extrapatrimoniais, deve haver pedido expresso na peça exordial. Na espécie, a peça acusatória não contém referido pedido, o qual só foi ventilado pelo do Parquet em Plenário. IV. DISPOSITIVO 8. Parcial provimento a ambos os recursos.[43]

Assim, ainda, que o sentenciante possua certa discricionariedade com relação ao percentual a ser adotado na exasperação da pena-base, é imprescindível a sua fundamentação, que deve estar baseada em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do

[43] BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO 0014987-67.2022.8.19.0001. Des(a). MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamento: 30/01/2025 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
87
Carimbado Eletronicamente

artigo 59 do Código Penal, de acordo com as razões de decidir do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL . DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AGRAVO DESPROVIDO. I. Caso em exame1. Agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, mantendo a dosimetria da pena aplicada ao recorrente por tráfico de drogas. 2. O Tribunal de origem fundamentou a negativação dos maus antecedentes, da conduta social e das circunstâncias do crime, com base na condenação anterior transitada em julgado, no cometimento do delito durante cumprimento de pena em outro processo e na apreensão de 997,3g de cocaína. II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em saber se a aplicação do critério de 1/8 sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo do tipo penal para cada circunstância judicial negativa é desproporcional e se há violação do art. 59 do Código Penal. III. Razões de decidir4. O Tribunal de origem utilizou fundamentos idôneos para negativar as circunstâncias judiciais, não havendo violação do art. 59 do Código Penal. 5. A aplicação do critério de 1/8 sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo do tipo penal para cada circunstância judicial negativa está dentro da discricionariedade motivada do julgador e não se mostra desproporcional. **6. A jurisprudência desta Corte reconhece a discricionariedade judicial motivada na dosimetria da pena, não existindo direito subjetivo a critério rígido ou puramente matemático para a exasperação da pena-base. IV. Dispositivo e tese 7. Agravo regimental desprovido. Tese de julgamento: "1. Não há violação do art. 59 do Código Penal quando as circunstâncias judiciais são negativadas com base em fundamentos idôneos. 1. Não há direito subjetivo ao réu à adoção de frações específicas na primeira fase de dosimetria**."[44]

Isto posto, passa-se à mensuração dosimétrica da reprimenda imposta aos acusados **SUELLEN E EMERSON,** sem descurar do fato de que, no julgamento do presente recurso, tal como assentado em linhas transatas, foram absolvidos do crime de associação, e **RARY** de ambos os crimes:

A) DA PENA-BASE – DOS RÉUS SUELLEN E EMERSON: o Magistrado sentenciante exasperou a pena-base dos apelantes em 1/6 (um sexto) entre a média e entre a pena mínima e máxima prevista, sob os seguintes fundamentos (Num. 127149807 - Pág. 11): "A quantidade da droga apreendida (1.635g de cocaína, acondicionada em 1.163 eppendorfs) deve elevar a pena-base, o que traz maior reprovabilidade à conduta do agente. (...) Eleva-se, portanto, a pena-base corporal em 1/6 entre a média entre pena mínima e máxima prevista, **fixando-a em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**."**.**

[44] BRASIL. STJ. AGRG NO ARESP N. 2.733.728/DF, RELATOR MINISTRO RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, JULGADO EM 10/12/2024, DJEN DE 17/12/2024.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
88
Carimbado Eletronicamente

Pois bem. Agiu com acerto o Juiz sentenciante ao sopesar os critérios estabelecidos no artigo 42[45], da Lei nº 11.343/2006, observado o disposto no artigo 93, inciso IX[46], da Constituição Federal, e, em especial, a quantidade da droga apreendida – **1.635g de cocaína** (Num. 108519011, Num. 108519013, Num. 108519009, Num 108519003) – registrando-se, ainda, que na Lei de Drogas há dispositivo específico sobre a pena-base que é o citado artigo 42, corretamente, ponderado pelo Julgador de 1ª Instância.

Entretanto, assiste razão à Defesa ao pleitear a redução do aumento da pena, porque, ao analisar a sentença, verifica-se que o Magistrado elevou a pena-base em 1/6 (um sexto) a partir da média entre a pena mínima e a máxima previstas, sem que se olvide a adoção por outros julgadores desse método de cálculo, que consiste na soma da pena mínima e da máxima, dividida por dois, resultando num valor sobre o qual é aplicada a fração de aumento, observa-se que o acréscimo imposto pelo Juiz corresponde, na prática, a um aumento de 1/3 (um terço) sobre a pena mínima, o que se revela desproporcional e irrazoável.

Confira-se a lição do processualista Guilherme de Souza Nucci: (...) o juiz deve partir da pena-base, construindo um montante, que pode variar entre o mínimo e o máximo, em abstrato, estabelecidos pelo legislador para cada tipo penal incriminador. A eleição desse quantum obedece às regras previstas no art. 59 do Código Penal, onde se encontram as circunstâncias judiciais, compostas por oito fatores, divididos da seguinte forma: a culpabilidade, que representa o conjunto dos demais, acrescida dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, dos motivos, das circunstâncias, das consequências do crime e do comportamento da vítima. Portanto, **quando os sete elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis haverá mínima censurabilidade; se forem desfavoráveis, ocorrerá a máxima censurabilidade**. (...)[47].

---

[45] Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

[46] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)

[47] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 20ª edição. Editora Forense, 2020. Pág. 380.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
89
Carimbado Eletronicamente

Assim, ponderando-se o preceito secundário do delito de tráfico ilícito de drogas – **Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos** – com a presença de uma condição desfavorável – quantidade de droga – cabível a redução do *quantum* da elevação do fato típico para o patamar de 1/6 (um sexto) para **EMERSON** e 1/4 (um quarto) para **SUELLEN,** considerando a quantidade de estupefacientes apreendidos com cada um (07 pinos de cocaína com Emerson e 1.635g de cocaína com Suellen), nos termos de arestos infracolacionados: (1) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DELITIVA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE VÍNCULO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. DOSIMETRIA. **BASE DE CÁLCULO DA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO)**. (...) No caso concreto, a qualidade e a **quantidade** de droga apreendida, notadamente da **cocaína**, de alto poder de dependência química e de vulneração da saúde, extrapolam a figura normal do tipo e fundamentam certo aumento sobre a **pena-base**. (...) **restando óbvio que o aumento foi efetuado em cotejo com a quantidade apreendida. Não obstante, para cada vetorial negativa avaliada mais se adequa de forma proporcional a fração de aumento de 1/6 (um sexto),** de ordinário adotada pela jurisprudência, cumprindo redimensionar-se a **pena-base**. A adoção de percentual diverso exigiria, para tanto, fundamentação concreta. (2) APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES.(...) **EM SE CONSIDERANDO A QUANTIDADE MAIS DO QUE EXPRESSIVA DE DROGA E DE CONFORMIDADE COM O QUE ESTATUI O ART. 42 DO ESTATUTO DE ENTORPECENTES, MAS CUJO COEFICIENTE ORA SE CORRIGE PARA 1/4 (UM QUARTO), PORQUE MAIS RAZOÁVEL E PROPORCIONAL,**[48]

B) DA SEGUNDA FASE: não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes para os réus **SUELLEN E EMERSON.**

C) DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, §4°, DA LEI N° 11.343/06: a Defesa dos apelantes, sequer, pleiteou a aplicação da causa de redução de pena do tráfico privilegiado, esclarecendo-se, de todo modo, que não caberia sua aplicação na espécie, dado que possui os seguintes requisitos legais cumulativos: **primariedade, bons antecedentes, não comprovação de dedicação à atividade criminosa e não comprovação de integrar organização criminosa.**

Neste linear, correta a não aplicação da benesse, pelo não preenchimento dos requisitos, consignando-se que foram apreendidos grande quantidade de entorpecentes e materiais para endolação, que **EMERSON** tem outro processo em

[48] BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO 0267878-81.2022.8.19.0001. Des(a). LUIZ NORONHA DANTAS - Julgamento: 11/07/2024 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
90
Carimbado Eletronicamente

trâmite por tráfico de drogas, relativo a fato anterior (anotação 01 da FAC de id 108563196, processo 0801283-05.2022.8.19.0081) e as circunstâncias da prisão indicam dedicação a atividades criminosas, elementos que são hábeis a afastar a figura privilegiada do tráfico de drogas, com base nos memos argumentos esposados no seguinte aresto: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICOPROBATÓRIO.1. As instâncias ordinárias concluíram pela dedicação do paciente a atividades criminosas devido ao cenário fático da empreitada criminosa, em que foram apreendidos "37 pedras de crack, uma embalagem contendo lança-perfume, 95 porções de cocaína, 254 porções de maconha e uma considerável quantia em dinheiro, além de rádio comunicador".2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, além da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, "consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa" (AgRg no HC n. 731.344/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022). **3. Afastada a aplicação da minorante do tráfico privilegiado fundamentadamente, com base em circunstâncias concretas indicativas de dedicação a atividades criminosas**, a pretendida revisão do julgado não se coaduna com a estreita via do writ. 4. Agravo regimental improvido.[49]

D) DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 41 DA LEI N° 11.343/06 – EMERSON: o Juiz sentenciante aplicou a diminuição da pena prevista no artigo 41[50] da Lei n° 11.343/06, uma vez que haveria sua colaboração voluntaria com a investigação policial .

No que se refere à proporcionalidade da redução, aplicou-a no patamar máximo de 2/3 (dois terços), sem insurgência ministerial.

Passa-se ao seguinte reajuste na dosimetria das penas:

RÉ SUELLEN:

[49] BRASIL, STJ. AgRg no HC n. 899.159/SP. Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). SEXTA TURMA. Data de publicação: 12/4/2024.

[50] Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
91
Carimbado Eletronicamente

1ª FASE: exaspera-se a pena-base em razão da grande quantidade de entorpecentes em **1/4 (um quarto),** reacomodo a pena-base para o crime de tráfico de drogas em **06 (SEIS) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA,** na forma da fundamentação *susa*;

2ª FASE: inexistentes vetores a modificar a pena;

3ª FASE: ausentes causas de aumento ou diminuição, torna-se definitiva em **06 (SEIS) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO.**

RÉU EMERSON:

1ª FASE: exaspera-se em **1/6 (um sexto),** fixando-a a pena-base em **05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA NO MÍNIMO LEGAL,** na forma da fundamentação *susa*;

2ª FASE: inexistentes vetores a modificar a pena;

3ª FASE: ausentes causas de aumento. Presente, no entanto, a causa de diminuição da pena prevista no artigo 41[51] da Lei n° 11.343/06, com a redução estabelecida pelo Magistrado no correspondente a 2/3 (dois terços), torna-se definitiva em **01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO E 194 (CENTO E NOVENTA E QUATRO) DIAS-MULTA NO MÍNIMO LEGAL;**

.DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA RÉ SUELLEN

O Magistrado sentenciante fixou o regime inicial **FECHADO** para o cumprimento da pena de **SUELLEN** , ao argumento de que "(...) a Regime inicial de cumprimento da pena: Diante da quantidade de pena imposta, fixo o regime FECHADO para o início do cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, "a", CP" (id 127149807).

[51] Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
92
Carimbado Eletronicamente

Sobre o tema leciona o penalista Guilherme de Souza Nucci: 9. Fundamentação para a escolha do regime: sempre que houver necessidade de o juiz aplicar o mais rigoroso (fechado em vez do semiaberto, por exemplo), deve existir motivação: STF: "(...) O réu tem o insuprimível direito de conhecer, até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial, as razões que levaram o Estado a afetar-lhe ou a restringir-lhe o status libertatis" (HC 72.106-SP, 1.ª T., rel. Celso de Mello, 21.02.1995, v.u.). No mesmo sentido: STJ: HC 8.344-MS, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 06.05.1999, v.u., DJ31.05.1999, p. 157. A escolha do regime deve ser fundamentada: STJ: "A escolha do regime fechado, mesmo em caso de roubo, deve ser concretamente fundamentada. E isto ganha maior relevância se a dosagem permitia, em tese, regime menos grave" (HC 9.063-SP, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 03.08.1999, v.u., DJ 04.10.1999, p. 66).[52]

Redimensionada a sanção e inexistindo razões que justifiquem a escolha do regime mais gravoso ao se considerar que:

> **a) a pena definitiva foi ora aquietada em** 06 (SEIS) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, **muito abaixo do patamar de 08 (oito) anos estabelecido pelo artigo 33, §2º, "a", do Código Penal;**
>
> **b) a ré é primária e de bons antecedentes, sem qualquer outro apontamento em sua FAC de id121649738;**
>
> **c) o reconhecimento de, apenas, uma condição desfavorável para exasperar a pena-base –** quantidade da droga **-, sendo todas as demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal favoráveis, panorama que não justifica o recrudescimento do regime inicial, consoante aresto da Corte Federal de Superposição:** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. **TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FIXADO DE ACORDO COM O QUANTUM DE PENA RECLUSIVA** . INSURGÊNCIA MINISTERIAL VISANDO O RECRUDESCIMENTO. **MODO PRISIONAL SEMIABERTO QUE ATENDE AOS FINS SOCIAIS DA PENA.** PARTICULARIDADES DO CASO. REVISÃO DO JULGAMENTO . REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ . AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **A despeito de o § 3º do art. 33 do Código Penal dispor que para a escolha do modo inicial de cumprimento da pena deverão ser observados os critérios do art . 59, não fica o julgador compelido a fixar regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantitativo da sanção imposta, ainda que presente circunstância judicial desfavorável.** (AgRg no REsp n. 1.970.578/SC, Rel . Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1.ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe de 1º/08/2022). 2. Embora a presença de circunstância judicial desfavorável - natureza e quantidade de drogas - e a existência de elementos indicativos de maior gravidade concreta facultassem ao julgador, em tese, a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), o Tribunal de origem, examinando detidamente as particularidades do caso em apreço, concluiu, de forma fundamentada, que o regime inicial semiaberto seria suficiente, pois atenderia aos fins sociais da pena (prevenção e reprovação do crime) . 3. A modificação dessa compreensão quanto ao aspecto qualitativo da reprimenda (regime) exigiria aprofundado reexame fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n. 7/STJ. 4 . Agravo regimental desprovido.[53]

[52] NUCCI, Guilherme de Souza Código penal comentado. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014. p. 510.

[53] BRASIL. STJ - AgRg no AREsp: 2307265 MG 2023/0058095-6, Relator.: Ministro TEODORO SILVA SANTOS, Data de Julgamento: 12/03/2024, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2024.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
93
Carimbado Eletronicamente

e) a imposição de regime mais severo não está em conformidade com as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Abranda-se o regime inicial para cumprimento da sanção imposta a **SUELLEN** para o **SEMIABERTO,** a teor do artigo 33, §2º,"b", do Código Penal.[54]

E, de mais a mais, despontam **CORRETOS** na sentença e sem irresignação ministerial:

A) o regime **ABERTO** para o apelante **EMERSON E**

B) a substituição em seu favor da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos .

DISPOSITIVO

VOTO, ASSIM, NO SENTIDO DE CONHECER OS RECURSOS, REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS PARA

A) ABSOLVER O ACUSADO RARY DA IMPUTAÇÃO DO DELITO DO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06, NA FORMA DO ARTIGO 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL;

[54] Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...)
§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
94
Carimbado Eletronicamente

B) ABSOLVER OS TRÊS RÉUS DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ARTIGO 35 DA LEI 11.343/06, COM BASE NO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL;

C) NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, REDUZIR O RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE DE SUELLEN PARA 1/4 (UM QUARTO) E DE EMERSON PARA 1/6 (UM SEXTO), REAJUSTANDO A REPRIMENDA DEFINITIVA DE SUELLEN PARA 06 (SEIS) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO, E DE EMERSON PARA 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO E 194 (CENTO E NOVENTA E QUATRO) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL;

D) ABRANDAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DE SUELLEN PARA O SEMIABERTO, CONSERVADA, EM TODO O MAIS, A SENTENÇA, TAL COMO LANÇADA.

EXPEÇA O COMPETENTE ALVARÁ DE SOLTURA PARA O APELANTE RARY, SE POR *AL* NÃO ESTIVER PRESO.

RIO DE JANEIRO, 25 DE MARÇO DE 2025.

DENISE VACCARI MACHADO PAES
DESEMBARGADORA RELATORA

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ