

Tóxico - Tráfico de drogas - Autoria e materialidade - Prova emprestada - Produção sem participação das partes - Utilização de outras provas produzidas pelo juiz - Nulidade - Não ocorrência - Condenação - Desclassificação do crime para uso de entorpecente - Impossibilidade - Associação para o tráfico de drogas - Estabilidade e permanência do vínculo associativo - Ausência de prova - Absolvição - Atenuante da menoridade - Redução da pena aquém do mínimo legal - Inadmissibilidade - Súmula 231 do STJ - Aplicação - Causa de diminuição de pena - Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Incidência - Crime equiparado a hediondo - Cumprimento da pena - Regime fechado

Ementa: Penal. Preliminar. Prova emprestada. Utilização de outras provas produzidas pelo juiz *a quo*. Preliminar rejeitada. Tráfico de drogas. Absolvição e desclassificação. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Associação para o tráfico. Ausência de provas do caráter

estável da associação. Absolvição. Reconhecimento da atenuante da menoridade. Segunda fase da dosimetria. Redução da pena. Impossibilidade. Súmula nº 231 do STJ. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Possibilidade. Manutenção do regime fechado para o cumprimento da reprimenda. Delito equiparado a hediondo. Recursos parcialmente providos.

- Não há se falar em nulidade se, muito embora tenha juntado prova emprestada aos autos produzida sem a participação das partes litigantes, a sentença não a utiliza exclusivamente como fundamento para a prolação da r. decisão condenatória.

- Mantém-se a condenação por tráfico de drogas quando evidenciadas as condutas de “guardar” e “manter em depósito” substância entorpecente descrita no art. 33 da Lei 11.343/06.

- Deve-se afastar a condenação do tipo penal previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, quando não restar comprovado que os apelantes mantinham estabilidade do vínculo entre outros agentes.

- O reconhecimento da atenuante da menoridade não conduz à redução da pena aquém do mínimo legal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, fazendo-se a aplicação da Súmula nº 231 do STJ.

- Preenchendo os apelantes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devem ter sua pena reduzida.

- A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente infrator quando for ele primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa, mas o crime por ele praticado continua equiparado a hediondo.

Recursos parcialmente providos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0407.09.025112-2/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelantes: 1º) Fabiano Farias dos Santos, 2º) Wenderson Gonçalves de Jesus - 3º) Wesley de Freitas - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Eula Silva dos Santos - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM

REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 23 de agosto de 2011. - Pedro Vergara - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Eula Silva dos Santos, Wenderson Gonçalves de Jesus, Wesley de Freitas e Fabiano Farias dos Santos como incursores nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06.

Narra a denúncia que, no dia 3 de novembro de 2009, por volta das 15 horas na Rua Santos Dumont s/n, Bairro Canaã, na cidade de Juatuba, os denunciados estavam trazendo consigo para fins de mercancia em comum acordo trinta e cinco pedras de crack e vinte e sete buchas de maconha em desacordo com determinação legal e regulamentar, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (02-04).

Consta ainda que a Polícia foi acionada por haver intenso tráfico de drogas no local, momento em que, ao chegarem ao local, os denunciados tentaram evadir-se, dispensando as drogas, sendo presos e apreendida a droga, estando os mesmos associados, sendo que a acusada Eula era quem comandava o ponto de comércio (idem).

Os apelantes foram notificados e apresentaram a defesa preliminar de f.89 (f.67, 69, 76), determinando-se o desmembramento do feito em relação à apelante Eula.

Recebida a denúncia, as testemunhas arroladas foram ouvidas e os apelantes interrogados (f.90, 134-137, 142-146, 198, 225, 271-272 155-159 e 226-229).

O Órgão Ministerial pede nas alegações finais a condenação, rogando as defesas a absolvição ou alternativamente o reconhecimento do privilégio com aplicação da pena mínima (f. 230-239, 243-251, 273-274 e 230-231).

Proferida a sentença, os apelantes foram condenados nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 às penas iguais de 8 (oito) anos de reclusão e ao pagamento de 1200 (mil e duzentos) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato no regime fechado (f.282-300).

Inconformados com a decisão recorreram os apelantes suscitando a defesa de Wenderson a nulidade da sentença porque fundamentou a condenação em prova emprestada do processo desmembrado, ocorrendo cerceamento de defesa. No mérito, requer a absolvição por ausência de provas e alternativamente pela redução da pena e fixação de regime mais brando. As defesas de Wesley e Fabiano sustentam a desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06 e absolvição do crime do art. 33 da mesma lei, rogando o *Parquet* o desprovinimento dos pleitos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f.338-349, 376-377, 379-381, 355-369, 384-395 e 396-405).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares - Submeto à Turma Julgadora preliminar erigida pelo apelante Wenderson de nulidade da sentença porque se embasou em prova emprestada do processo desmembrado em relação à corré Eula, havendo ofensa à ampla defesa.

Razão não lhe assiste, uma vez que a juntada do interrogatório da corré em fase de alegações finais pelo Ministério Público não gera nulidade, mormente porque dela teve acesso a defesa, podendo se defender.

O desmembramento do processo tem previsão legal, porquanto, conforme salientando pela nobre Magistrada na r. sentença, foi necessário, uma vez que a ré Eula não havia sido citada e, para evitar demora no trâmite no feito, determinou-se o desmembramento. No entanto, sendo ela posteriormente citada, seu processo teve trâmite mais rápido, havendo prolação de sentença antes mesmo destes autos.

E, como muito bem esclarecido pela Magistrada:

Na verdade o que se quis com o deferimento da juntada do interrogatório da ré Eula foi novamente evitar prolongamento desnecessário da instrução por consequência da conclusão do presente feito, que, inclusive, vale ressaltar, se trata de procedimento de réu preso, evitando assim ter que dilatar novamente a instrução designando nova audiência para oitiva da corré (f. 286). www.tjmg.jus.br.

No caso em voga não há que se falar em nulidade se, muito embora tenha juntado prova emprestada aos autos produzida sem a participação das partes litigantes, a sentença não a utiliza exclusivamente como fundamento para a prolação da r. decisão condenatória.

Nesse sentido:

Processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Pronúncia. Índícios de autoria. Supressão de instância. Alegação de nulidade em razão da não apreciação do depoimento de testemunha de defesa. Inocorrência. Prova emprestada não utilizada. Ausência do réu à audiência. Nulidade não configurada.

I - Tendo em vista que a tese relativa à ausência de provas de autoria não foi analisada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância.

II - Para a prolação de juízo positivo na decisão de pronúncia basta, além de prova da materialidade, a presença de indícios de autoria, de modo que, havendo prova nos dois sentidos - tanto de que o paciente teria tido participação nos fatos como o contrário - a dúvida remete a causa para julgamento pelo Tribunal do Júri por aqui vigorar o princípio *in dubio pro societate*.

III - Não há que se falar em nulidade se, muito embora juntada prova emprestada aos autos, produzida sem a participação das partes litigantes, ela não é utilizada como fundamento para a prolação da r. decisão de pronúncia.

IV - Na linha da jurisprudência desta Corte, a ausência do réu na audiência de inquirição de testemunhas não configura nulidade se a este ato tiver comparecido seu defensor e

não lhe tenha, de outro lado, sobrevivendo qualquer prejuízo. (Precedentes) Ordem denegada (STJ, HC 93431/SP Habeas Corpus 2007/0254312-9, Rel. Ministro Felix Fischer, T5 - Quinta Turma, data da publicação, DJe de 18.08.2008).

Isso posto, rejeito a preliminar defensiva.

III - Do mérito - Cuida-se de crime de tráfico de drogas e associação ao tráfico, cujas normas penais incriminadoras se encontram insculpidas nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06.

Resume-se a questão à análise da absolvição por ausência de provas, desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06, reconhecimento da benesse do privilégio ao tráfico de drogas, redução de pena e alteração do regime prisional.

Examino em conjunto os recursos em face da semelhança de pedidos.

- Dos pedidos de absolvição e desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06 - A materialidade se encontra comprovada pelo auto de prisão em flagrante de f. 06-17, pelo laudo de constatação de f. 24, pelo boletim de ocorrência de f. 19-22, pelo auto de apreensão de f. 45 e pelo laudo definitivo de f. 99.

A autoria também é incontestada.

O apelante Wenderson negou a propriedade da droga, bem como a traficância tanto na fase inquisitiva como em juízo, alegando que estava no local carregando tijolos para um vizinho juntamente com Wesley e Fabiano quando foram presos e que os policiais encontraram drogas em um matagal ali próximo, esclarecendo em juízo que Fabiano foi preso dentro de casa (f. 10-11 e 158-159).

Fabiano também negou os fatos, dizendo que estava em casa lavando roupas quando foi preso, alegando ser usuário e que as 7 buchas de maconha foram encontradas no vaso de uma planta em sua casa, sendo usuário (f. 12-13 e 226-227).

Por sua vez, o apelante Wesley negou na fase policial a propriedade e traficância da droga, dizendo que a maconha foi apreendida com Wenderson, não sabendo com quem foi apreendida a maconha e, em juízo, alegou que estava no local apenas adquirindo droga da acusada Eula, e estava fazendo uso no quintal da casa de Ilma, mesmo local em que mora o acusado Fabiano, alegando ser usuário, acrescentando ainda que a estória do tijolo foi inventada por todos (f. 14-15 e 155-157).

A negativa de autoria dos apelantes, contudo, não se apresenta em consonância com a prova acostada nos autos, não comprovando o mesmo suas alegações.

Não obstante questionada pela defesa, a delação da corré Eula é prova substancial e pode ser usada, visto que, mesmo sendo prestada no processo que fora desmembrado contra ela, tiveram acesso as defesas ao seu depoimento, como prova documental, não estando a delação isolada das demais provas dos autos, devendo

ser valorada, porquanto a ré assume sua participação no crime e delata a participação dos apelantes.

A corré Eula, ao ser ouvida em juízo, declarou, *in verbis*:

[...] Perguntada se são verdadeiros os fatos descritos na denúncia? R. Sim, esclarecendo porém que os outros três acusados, Wenderson, Wesley e Fabiano, não vendiam droga para a depoente, mas com a depoente; que Wesley trazia a droga de Belo Horizonte e os quatro revendiam; que não sabe informar há quanto tempo os outros acusados estavam vendendo drogas no local, mas a depoente fazia uns vinte dias que estava no esquema; que estavam vendendo crack e maconha; que a bucha de maconha era vendida por cinco reais e o papelote com crack por dez reais; [...] (f. 240-241).

Corroborando a delação da corré Eula, tem-se o depoimento da testemunha Maria Ilma Rodrigues de Oliveira, que em juízo confirmou seu depoimento prestado na fase policial, onde declarou:

[...] que a depoente alega que há aproximadamente um mês os conduzidos presentes comercializaram drogas no bairro; que a depoente alega que 'é um inferno no meu bairro, eles fumam na rua, o povo compra deles, alega 'eu queria denunciar mas tinha medo deles acabarem com minha raça' (sic); que a depoente alega que Eula é quem comanda o tráfico no bairro e que Wesley, Wenderson e Fabiano, vendem para Eula drogas na região [...] (f. 09).

Em juízo ratificou este depoimento e ainda alegou que os réus vendem drogas no local, porque os via vendendo mercadorias no local, e o comentário é que eles vendem drogas, esclarecendo ainda que não sabe se Eula é quem comanda o tráfico no local (f. 136-167).

O policial militar Vanderi da Silva Nunes, condutor da prisão em flagrante, elucidou com detalhes o ilícito, comprovando-se a conduta do tráfico imputado aos apelantes, ratificando em juízo (f. 144-145) seu depoimento policial, *in verbis*:

[...] quando foi avisado por moradores do bairro que ocorria tráfico de drogas no bairro; que os populares disseram que a traficante principal era uma mulher de blusa rosa e calça vermelha e haviam três homens que traficavam juntamente com Eula; [...] que o declarante alega que em patrulhamento no bairro se deparou com a conduzida presente de nome Eula Silva, que a conduzida ao avistar a viatura correu do local e tirou as trinta e cinco pedras de substância semelhante a crack e jogou no chão; [...] que foi localizada junto com Fabiano a quantia de sete buchas semelhantes a maconha e sessenta e cinco reais, com Wenderson foi encontrado dez buchas de substância semelhante a maconha e quarenta e cinco reais e com Wesley foi encontrado cinco buchas de substância semelhante a maconha e cinquenta e cinco reais [...] (f. 06).

O miliciano Leonardo Marques de Lacerda Faria também relatou que houve denúncia por populares do tráfico envolvendo os acusados, sendo apreendidas drogas em poder de alguns deles e parte apreendida dentro de uma casa (f. 146).

O depoimento de policial é de grande importância na formação probatória conforme leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...] preceitua o art. 202 do CPP que 'toda pessoa pode ser testemunha', logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 323).

Esta é a jurisprudência:

Validade do depoimento testemunhal de agentes policiais. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (STF, 1ª Turma, HC 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. em 26.03.96, in DJU 18 de outubro de 1996).

A negativa de autoria dos apelantes não merece prosperar, ante a prova testemunhal colhida e a delação da corré Eula.

Os argumentos trazidos pela defesa se encontram destituídos de qualquer prova nesse sentido, ônus que lhe incumbia nos termos do art. 156 do CPP.

A quantidade, o acondicionamento da droga e a prova testemunhal levam à conclusão de que a conduta dos apelantes se encontra tipificada no art. 33 da Lei 11.343/06, afastando-se a tese absolutória e desclassificatória.

Nesse sentido:

Comprovada a destinação da droga também para o comércio, pois nada impede que o usuário seja também traficante, inclusive para satisfazer o próprio vício, inviável a absolvição ou desclassificação (TJMG, Relator Des. Mercêdo Moreira, Processo nº 182.933-2, julgado em 20 de março de 2001, publicado em 23 de março de 2001).

A desclassificação para o delito de uso de droga (art. 28 da Lei nº 11.343/06) é totalmente descabida, uma vez que restou amplamente comprovada a conduta típica dos apelantes.

- Crime de associação ao tráfico - Em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, entendendo que sorte assiste aos apelantes, por inexistirem provas quanto à estabilidade do vínculo entre eles.

O crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, demanda a

comprovação da estabilidade e permanência do vínculo associativo, o que, no caso, não restou demonstrado.

Não obstante estavam todos trabalhando no mesmo ponto de venda de drogas, havendo indícios desta associação, esta não restou provada de forma cabal, não havendo conclusão de que realmente havia uma associação estável e permanente entre os acusados.

Sobre o assunto trago à colação os seguintes julgados:

Para a existência de crime autônomo de associação, é mister: a) duas ou mais pessoas; b) acordo dos parceiros; c) vínculo associativo; d) finalidade de traficar tóxicos (TACRIM-SP - AC - Rel. Geraldo Gomes - JUTACRIM 57/280; in FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir., São Paulo: Editora RT, 2002, v. 2, p. 3.210).

O crime de associação criminosa só pode ser reconhecido quando caracterizado o necessário *animus* associativo entre os réus, o que não se vislumbra quando as vontades são direcionadas a um único delito (TRF 4ª Reg. - Ap. 97.04.07202-3 - Rel. Gilson Dipp - j. em 10.06.1997 - JSTF e TRF 100/428 - in FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir., São Paulo: Editora RT, 2002, v. 2, p. 3.212).

Nesse contexto, no presente feito, evidencia-se a completa dissociação estável entre os recorrentes, não havendo acordo de vontades, vínculo associativo e vontade de traficar, afastando-se dessa forma a condenação nas sanções do art. 35 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido, preleciona Vicente Greco Filho:

Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração. (GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção - repressão: comentários à Lei 10.409/2002 e à parte em vigor da Lei 6.368/76*. 12. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 127.)

Dessarte, mesmo quando da chegada dos milicianos, todos os acusados se encontravam no local e que os policiais ouvidos em juízo dão notícias de que Eula era o chefe do grupo, segundo lhes repassaram os próprios membros do grupo, não restou claro que havia uma associação permanente ou um simples concurso de pessoas entre eles.

Amparando a tese, é o entendimento desta egrégia Câmara:

Penal - Tráfico de entorpecentes - Autoria e materialidade comprovadas - Testemunho de policiais - Validade - Condenação mantida - Associação para o tráfico - Ausência do caráter estável da associação - Absolvição - Posse irregular de munição

- Materialidade e autoria comprovadas - Condenação mantida - Penas corporais substituídas por restritivas de direitos - Dosimetria da pena do tráfico - Diminuição de pena - Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Aplicação - Penas reduzidas - Recursos a que se dá parcial provimento. - O delito previsto no art. 35 da nova lei pressupõe, para seu reconhecimento, a demonstração do dolo de associar-se de forma estável. É necessário que se identifique na *societas criminis* o caráter permanente, o que não se confunde com a mera co-autoria. Portanto, não havendo prova da permanência da associação dos réus, a absolvição em relação ao delito de associação para o tráfico é medida que se impõe (TJMG - Nº 1.0223.07.222175-5/001 - Relator: Exmo. Sr. Des. Hélcio Valentim - j. em 22.04.2008).

Entretanto, mister se faz a absolvição dos apelantes em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06.

Do pedido de redução da pena - Razão não assiste à defesa de Wenderson quando pleiteia a redução da pena, pois, mesmo presente a atenuante da menoridade, a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que impede sua redução a quem deste patamar, conforme Súmula 231 do STJ, a cujo entendimento ali contido me filio.

Do reconhecimento do privilégio - O benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser reconhecido porquanto os acusados preenchem todos os requisitos exigidos para a sua concessão.

O art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 expressamente prevê que:

[...] § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Os apelantes são primários, têm bons antecedentes (CAC de 53-56) e não integram organização criminosa.

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça assim se manifesta:

De acordo com o novel Diploma Antitóxicos, os acusados condenados por tráfico poderão ter suas penas diminuídas de 1/6 a 2/3, desde que sejam primários, de bons antecedentes, não integrem organização criminosa e não se dediquem com habitualidade a este tipo de atividade (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) (TJMG - Relator Des. Eduardo Brum - 1º Câmara Criminal - Apelação Criminal nº 1.0223.05.184332-2/001 - DJ de 06.11.2007).

O art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não estipulou o critério de redução da pena.

O renomado Guilherme de Souza Nucci leciona que

deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei (NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais*

penais comentadas, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, página 330).

O art. 42 da Lei nº 11.343/06 por sua vez estipula:

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.

As balizas judiciais no caso em tela se apresentam favoráveis, contudo o laudo toxicológico definitivo de f. 99 registra a apreensão de cerca de 31,44g (trinta e um gramas e quarenta e quatro centigramas) de maconha e 3,82g (três gramas e oitenta e dois centigramas) de cocaína na sua forma de *crack*, substância esta de alto poder vulnerante.

A quantidade e a natureza da droga *in casu* repercutem na reprimenda dos apelantes a justificar uma redução intermediária da pena, impondo-se em 1/2 (metade).

Do pedido de alteração do regime prisional - A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 apenas abranda a punição do agente infrator quando for ele primário, portador de bons antecedentes e não se dedique à atividade criminosa, mas o crime por ele praticado continua equiparado a hediondo, já que a conduta revestida de tal instituto é tipificada no art. 33, *caput* e § 1º.

As figuras delitivas que fogem à caracterização de equiparadas a hediondos são aquelas insertas no art. 33, § 2º e § 3º, da Lei de Drogas.

Nesse sentido são as lições de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

[...] o fato de haver sido prevista uma causa de diminuição de pena para o traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações criminosas, não afasta a tipificação da sua conduta como incurso no art. 33, *caput* e §1º, que são consideradas similares a infrações penais hediondas, conforme se pode observar pelas proibições enumeradas no art. 44 da Lei 11.343/06 [...] (in *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. RT, 2007, p. 330).

O crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, portanto, é hediondo, razão pela qual o regime de cumprimento da reprimenda dos apelantes deve permanecer no fechado, conforme fixado na sentença fustigada.

Isso posto, passo a reestruturar a reprimenda dos apelantes, para fazer incidir a redução pelo privilégio:

- Wenderson Gonçalves de Jesus:

- Na primeira fase: mantenho a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato atualizando-se na forma da lei.

- Na segunda fase: fica a pena provisoriamente fixada no patamar mínimo, porquanto a atenuante da menoridade não tem o condão de reduzi-la abaixo do mínimo legal.

- Na terceira fase: ausentes causas de aumento, reduz a reprimenda em 1/2 (metade) pela aplicação § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, concretizando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei.

Mantenho o regime fechado, pois se trata de delito equiparado ao hediondo e por imposição legal do art. 2º, *caput* e §1º, da Lei nº 8.072/90, alterado pela Lei nº 11.464/07.

- Wesley de Freitas:

- Na primeira fase: mantenho a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato atualizando-se na forma da lei.

- Na segunda fase: fica a pena provisoriamente fixada no patamar mínimo, porquanto ausentes atenuantes e agravantes.

- Na terceira fase: ausentes causas de aumento, reduz a reprimenda em 1/2 (metade) pela aplicação § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, concretizando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei.

Mantenho o regime fechado, pois se trata de delito equiparado ao hediondo e por imposição legal do art. 2º, *caput* e §1º, da Lei nº 8.072/90, alterado pela Lei nº 11.464/07.

- Fabiano Farias dos Santos:

- Na primeira fase: mantenho a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei.

- Na segunda fase: fica a pena provisoriamente fixada no patamar mínimo, porquanto a atenuante da menoridade não tem o condão de reduzi-la abaixo do mínimo legal.

- Na terceira fase: ausentes causas de aumento, reduz a reprimenda em 1/2 (metade) pela aplicação § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, concretizando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei.

Mantenho o regime fechado, pois se trata de delito equiparado ao hediondo e por imposição legal do art. 2º, *caput* e §1º, da Lei nº 8.072/90, alterado pela Lei nº 11.464/07.

Incabível qualquer benefício por expressa vedação legal.

Ante o exposto rejeito preliminar da defesa de Wenderson e dou parcial provimento aos recursos para absolver os apelantes do crime do art. 35 da Lei 11.343/06 e reduzir a reprimenda dos apelantes para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, restando a mesma fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa sobre um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei, no regime fechado, mantidos os demais termos da sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.