



JW

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio

APELAÇÃO Nº 0043259-48.2010.8.17.0001 (285242-6)
COMARCA: RECIFE
VARA: 2ª VARA CRIMINAL DOS FEITOS RELATIVOS A ENTORPECENTES
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
APELADA: MARIA DA SILVA BARROS
DEFENSOR PÚBLICO: WILLAYNE DIAS DE SOUZA
PROCURADORA: DRA. ELEONORA DE SOUZA LUNA
RELATOR: DES. CLÁUDIO JEAN NOGUEIRA VIRGÍNIO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CRIMINAL

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO POR FALTA DE AMPARO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. INCIDÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 05/2012 DO SENADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SENTENÇA MANTIDA. APELO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.
2. Apelação não provida. Decisão unânime.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação nº 0043259-48.2010.8.17.0001 (285242-6), da 2ª Vara Criminal Dos Feitos Relativos a Entorpecentes da Capital, em que figura(m), como Apelante, **Ministério Público do Estado de Pernambuco** e, Apelado, **Maria da Silva Barros**, **ACORDAM** os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por unanimidade de votos, **em negar provimento ao presente apelo**, tudo de conformidade com o relatório e votos constantes das notas taquigráficas anexas, devidamente rubricadas, que passam a integrar o presente aresto que está devidamente assinado.

Recife, 23 de 09 de 2014.


Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio
Relator



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio



APELAÇÃO Nº 0043259-48.2010.8.17.0001 (285242-6)
COMARCA: RECIFE
VARA: 2ª VARA CRIMINAL DOS FEITOS RELATIVOS A ENTORPECENTES
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
APELADA: MARIA DA SILVA BARROS
DEFENSOR PÚBLICO: WILLAYNE DIAS DE SOUZA
PROCURADORA: DRA. ELEONORA DE SOUZA LUNA
RELATOR: DES. CLÁUDIO JEAN NOGUEIRA VIRGÍNIO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CRIMINAL

RELATÓRIO

O **Ministério Público do Estado de Pernambuco** recorre, tempestivamente, da decisão de **fls. 88/90**, que condenou a Apelada **Maria da Silva Barros** à pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a qual foi substituída, nos termos do art. 44 do CP, por duas restritivas de direito, quais sejam a prestação de serviço à comunidade e a limitação de finais de semana, por haver incorrido no crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006¹.

Nas razões de recurso, apresentadas **às fls. 95/98**, o *Parquet* pugna pela reforma da decisão para afastar a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito, por entender que não há amparo legal.

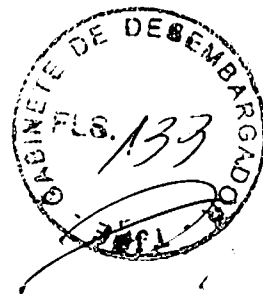
A Apelada apresentou contrarrazões, **às fls. 101/104**, requerendo pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

¹ 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



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio



A Procuradoria de Justiça, através da Dra. Eleonora de Souza Luna, ofertou parecer, **às fl. 123/127**, manifestando-se no sentido de dar provimento ao apelo, não por ser ilegal a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito, mas em razão de, no caso em análise, não ser autorizado o benefício pelas desfavoráveis circunstâncias judiciais do crime e por não ter sido a Apelada encontrada para a intimação da sentença.

É, em resumo, o relatório.

À Doute Revisão.

Recife, **12** de **04** de 2013.


Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio
Relator



142

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio

APELAÇÃO Nº 0043259-48.2010.8.17.0001 (285242-6)
COMARCA: RECIFE
VARA: 2ª VARA CRIMINAL DOS FEITOS RELATIVOS A ENTORPECENTES
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
APELADA: MARIA DA SILVA BARROS
DEFENSOR PÚBLICO: WILLAYNE DIAS DE SOUZA
PROCURADORA: DRA. ELEONORA DE SOUZA LUNA
RELATOR: DES. CLÁUDIO JEAN NOGUEIRA VIRGÍNIO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CRIMINAL

VOTO

Segundo os autos, a denúncia foi **recebida** em **28/10/2010** (fl.68) e a sentença **publicada** em **02.08.2011** (fl. 93), não se operando a prescrição da pretensão punitiva estatal. Atualmente, a Apelante encontra-se **solta**, conforme Alvará de Soltura de fl. 91.

A Apelante foi denunciada e condenada pelo crime de tráfico de drogas à pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, pelo seguinte fato delituoso:

Narra a denúncia que, no dia 10 de agosto de 2010, por volta das 14:00 horas, no interior da residência da Apelada, localizada na Rua Felício dos Santos, nº 66, quadra 04, no Bairro da Várzea, nesta Capital, foi apreendida por policiais militares 18 (dezoito) pedras da substância entorpecente denominada "crack", cuja massa bruta equivale a 6,635g (seis gramas, seiscentos e trinta e cinco miligramas), que a denunciada tinha em depósito, com fins à comercialização, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Informa a exordial, que os policiais



143

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio

militares foram acionados pelo CIODS para que verificassem possível tráfico de drogas realizado por uma mulher no endereço acima descrito. Chegando ao local, os policiais conseguiram identificar a denunciada com as mesmas características informadas e resolveram abordá-la e revistá-la encontrando em seu poder uma quantia de R\$ 20,00 (vinte reais), posteriormente, com permissão da mesma, os policiais militares revistaram sua residência, onde encontraram num saco plástico, dentro de uma bolsa sobre a cama, 18 pedras de crack. Ouvida perante a autoridade policial, a Apelada confessou o crime, afirmando que comprava a droga na favela "Beira Rio" a uma pessoa chamada Ivonete e vendia cada pedra no valor de R\$ 10,00 (dez reais).

A materialidade do crime encontra-se comprovada no Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 19 e no Laudo Pericial de fls. 31/36 dos autos.

O presente recurso trata-se, em síntese, da insatisfação do *parquet* com a substituição da pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão por duas restritivas de direito, por entender que há uma vedação legal nesse sentido pelo art. 44 da lei de Drogas.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Pleno do STF, no julgamento do HC 97.256/RS, em 01.09.2010, reconheceu ser inconstitucional a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, por ferir os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, o que resultou



11h

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio

na Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, desde então é permitida a aplicação do art. 44 do CP nos crimes de drogas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. (...)

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. (STJ, HC 213679/SP, HABEAS CORPUS 2011/0167624-1, Ministra LAURITA VAZ, DJe 13.03.2013)

Em seguida, após uma análise minuciosa dos autos, verifica-se que o magistrado primevo aplicou a pena mínima a Apelada bem como a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o que denota que as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis nem tampouco restou caracterizado a dedicação a atividade criminosa.

Com efeito, percebe-se, ao serem analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP no momento da sentença, que o julgador



125

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
Gab. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio

ponderou que não há antecedentes criminais, não foi possível a avaliação da conduta social e da personalidade e que o motivo e as circunstâncias são normais à espécie de delito, por isso a fixação da reprimenda em 03 (anos) e 09 (nove) meses de reclusão com a devida substituição por duas restritivas de direito por restarem cumpridos os requisitos do art. 44 do CP.

Ademais, o fato de não ter sido encontrado o endereço da Apelada para a intimação da sentença, que resultou em sua intimação por edital, por si só, não afasta a viabilidade da substituição, pois, caso a pena não venha a ser cumprida, incumbe ao Juízo das Execuções proceder com as medidas cabíveis.

Com esses fundamentos, **voto** no sentido de **negar provimento** ao presente apelo, mantendo a decisão de 1º grau em todos os seus termos.

Recife, 23 de 09 de 2013


Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho
Terceira Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº: 0043259-48.2010.8.17.0001 (0285242-6)
 COMARCA : Recife - 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes
 APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
 APELADO : MARIA DA SILVA BARROS
 DEFENSORA PÚBLICA : Dra. Willayne Dias de Sousa
 PROCURADORA : Dra. Eleonora de Souza Luna
 RELATOR : Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio
 REVISOR : Des. Nivaldo Mulatinho Filho

VOTO DE REVISÃO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Representante do Ministério Público (fls.127/132), contra Sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal dos Feitos Relativos a Entorpecentes (fls. 88/90), que em 26.07.2011, julgando procedente a Denúncia, **CONDENOU** a ora Apelada **MARIA DA SILVA BARROS** como incurso nas penas do **Art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecente)**, aplicando-lhe uma **pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão** a ser cumprida inicialmente em regime fechado e **500 (quinhentos) dias-multa**, na razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época da infração, as quais foram substituídas por penas restritivas de direito de prestação de serviço a comunidade e limitação de final de semana, tudo nos Autos do Processo nº **0043259-48.2010.8.17.0001**.

Narra a Denúncia (fls. 02/04) que no dia 10/08/10, pelas 14h00min., Policiais Militares foram acionados pelo CIODS para que verificassem possível tráfico de drogas na residência nº 66, da Rua Felício dos Santos, Várzea, nesta Capital. Ao chegarem no local, os Policiais conseguiram identificar a Denunciada **MARIA DA SILVA BARROS** no endereço acima nominado com as mesmas características informadas e resolveram abordá-la e revistá-la encontrando em seu poder uma quantia de R\$20,00 (vinte reais). Com a permissão da Acusada revistaram a sua residência, encontraram, num saco plástico, dentro de uma bolsa sobre a cama da Denunciada 18 (dezoito) pedras de crack, cuja massa bruta equivalia a 6,635g (seis gramas e seiscentos e trinta e cinco miligramas), que tinha em depósito, com o fim de comercialização, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A Denúncia foi recebida em todos os seus termos em 21.11.2010 (fl.68).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho
Terceira Câmara Criminal

Inconformado o Representante do Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (fls. 95/98) alegando, em síntese, que a Sentença afronta dispositivo de Lei, visto que o Art. 33, §4º e o Art. 44 da Lei 11.343/2006 vedam expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos crimes de tráfico.

Em contrarrazões (fls. 101/104), a Defesa da Apelada alegou a possibilidade da conversão de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, já que o STF julgou ser inconstitucional a proibição da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito contida nos Arts. 33, §4º e 44, caput da Lei de Drogas.

Nesta Instância, a douta Procuradoria de Justiça, na pessoa da Dra. Eleonora de Souza Luna, ofertou parecer no sentido de ser **dado provimento** ao recurso, para afastar a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 123/127).

Extrai-se das Razões Recursais (fls. 95/98), que o Representante do Ministério Público não questiona a Autoria ou a materialidade delitiva, arguindo seu inconformismo apenas quanto a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Consta nos Autos que o Juiz Monocrático, considerando a pena em concreto aplicada a Apelada, qual seja **03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multas, com fundamento no Art. 44, incisos I, II, III do CP, substituiu a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos concernentes a prestação de serviço a comunidade e limitação de final de semana.**

Quanto à alegação do Recorrente de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos teria sido contrária a dispositivo da Lei de Drogas, tenho que tal argumento não deve prosperar já que, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 01.09.2010, no julgamento do **HC 97256/RS**, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargador Nivaldo Mulatinho Filho
Terceira Câmara Criminal

de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal e já teve sua execução suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012). (cf. HC 284.846/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014)

Diante disso, há a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito em sede de crimes de tráfico de entorpecentes, devendo a Ré, a fim de ver-se beneficiado pela substituição, preencher os requisitos objetivos e subjetivos, os quais se encontram previstos no Art. 44 do CP.

No caso concreto presente, verifico que o crime imputado a Recorrida não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, a pena definitiva aplicada a mesma, como anteriormente dito, foi de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multas. Como verificou o Juiz sentenciante, não há nos Autos menção que a Apelada tenha sido condenada anteriormente, as circunstâncias previstas no inciso III, Art. 44 do CP indicaram que a substituição seria suficiente a mesma, tanto que, por coincidirem com as circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do CP, permitiu a fixação da reprimenda no mínimo legal e a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do Art.33 da Lei 11.343.

Assim, não há qualquer irregularidade na substituição da pena realizada pelo Juiz Sentenciante no caso concreto presente. A não localização da ré para fim de intimação da Sentença, por si só não afasta a viabilidade da substituição, pois caso haja o descumprimento injustificado da restrição imposta, cumpre ao Juízo das Execuções Penais adotar as providências cabíveis.

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso e mantenho a Sentença condenatória em todos os seus termos.

É como voto.

Recife, 23 de setembro de 2014.

Des. Nivaldo Mulatinho Filho - Revisor.