

Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Inexigibilidade de conduta diversa - Excludente de culpabilidade - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal - Aplicação analógica - Associação para o tráfico de entorpecentes - Absolvição de co-réu - Ausência de elemento constitutivo - Crime não caracterizado - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Circunstâncias judiciais - Culpabilidade - Fixação da pena - Critério - Crime hediondo - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Possibilidade

Ementa: Penal. Tráfico de entorpecentes. Consentir na utilização de local de que tem posse para o tráfico. Art. 12, § 2º, II, da Lei nº 6.368/76. União estável. Ausência de prova do envolvimento do réu, amásio do agente acusado, com o tráfico de drogas. Inexigibilidade de conduta diversa. Absolvição. Recurso provido. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Delito de associação para o tráfico. Absolvição. Necessidade. Dosimetria da pena. Redução da pena. Substituição. Possibilidade. Recurso a que se dá parcial provimento.

- A interpretação analógica do disposto no art. 206 do CPP, que dispensa um cômputo do dever de testemunhar

contra o outro, ainda que estejam separados, permite concluir que o réu amásio da co-ré não tinha o dever de denunciar ou de impedir a realização da conduta ilícita desta, uma vez que a finalidade encerrada no dispositivo é a da preservação da paz e da harmonia da família, levando-se em consideração os laços afetivos ou de consangüinidade que prendem a testemunha ao acusado, hipótese em que a inexigibilidade de conduta diversa exsurge como causa supralegal de exculpação - excludente de culpabilidade - e constitui verdadeiro princípio de direito penal, razão da absolvição, na forma do art. 386, V, do CPP.

- A confissão do réu, aliada à quantidade da droga, sua forma de acondicionamento e à quantia em dinheiro apreendidas em sua residência constitui um conjunto probatório coeso, capaz de fundamentar o édito condenatório por delito de tráfico de drogas.

- Se o réu denunciado como associado de co-réu foi absolvido, desaparece o delito de associação para o tráfico, devendo este ser absolvido dessa imputação na forma do art. 386, VI, do CPP.

- Quando uma das circunstâncias do art. 59 do CP se revela desfavorável ao réu (culpabilidade), mas não de forma grave, a pena-base deve ser fixada apenas um pouco acima do mínimo.

- O benefício previsto no art. 44 do CP não é vedado aos apenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, seja por não existir tal vedação nas disposições do referido artigo e seus incisos e parágrafos; seja por não existir na Lei 8.072/1990, mormente após a alteração do art. 2º desta lei pela Lei nº 11.464/07, de modo que, preenchendo o condenado por tráfico os requisitos do art. 44 do CP, impõe-se a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0525.06.093339-3/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelantes: Ilza Cardoso, Adilson Pereira de Oliveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 3ª Vara Criminal e de Precatórias Cíveis e Criminais da Comarca de Pouso Alegre, contra Ilza Cardoso, André Luiz Cardoso, vulgo "Guinho", Adilson Pereira de Oliveira e Flávia Cardoso de Oliveira, imputando-lhes a prática de fato tipificado como tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 29 do CP, e com associação para o tráfico, nos termos do art. 14 da mesma lei, na forma do art. 69 do CP.

Narra a denúncia que, no dia 14 de junho de 2006, por volta das 16h30min, na Rua Sapucaí, 639-f, local conhecido por "cortiço" ou "biqueira", os policiais, munidos de um mandado de busca, compareceram ao local e encontraram, na residência de Ilza Cardoso, o total de 40 pedras de crack, a quantia de R\$ 200,00, em dinheiro, e um celular Samsung, modelo SGH-A800.

Consta da denúncia, ainda, que, na residência do acusado André, foi encontrada a quantia de R\$ 78,00, em dinheiro, e um aparelho de DVD-980, marca Braviem. A denunciada Flávia foi surpreendida dois dias depois da apreensão da droga, mantendo sob a sua guarda 31 pedras de crack, acondicionadas em caixas de fósforos, assim como as demais já apreendidas, destinadas à venda. Infere-se da denúncia, também, que os acusados agiam com unidade de desígnios, em verdadeira associação, para o fim de mercancia da referida substância entorpecente.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial (f. 7/69).

Os acusados foram citados (f. 91/94) e apresentaram, em conjunto, defesa preliminar, por meio de defensor constituído (f. 95/99). Manifestação do Ministério Público à f. 100. Recebida a denúncia (f. 104), os acusados foram interrogados, ocasião em que o acusado Adilson negou participação no tráfico de entorpecentes e alegou que não tinha ciência do comércio ilícito exercido em sua residência (f. 151/153). A acusada Flávia confessou a propriedade da droga com ela apreendida e confirmou que a droga apreendida dois dias antes de sua prisão pertencia, de fato, à acusada Ilza (f. 154/156). O denunciado André negou a prática dos delitos descritos na denúncia (f. 157/159), e a acusada Ilza confessou a propriedade da droga apreendida em sua residência, bem como a sua destinação mercantil, mas negou associação com os demais acusados (f. 160/161).

Foram ouvidas treze testemunhas (f. 162/170 e 178/183).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela absolvição dos réus Flávia e André e pela condenação dos réus Adilson e Ilza somente quanto ao delito de tráfico, nos termos do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76,

na forma do art. 29 do CP, absolvendo-se eles da imputação relativa ao crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da mesma lei (f. 187/192).

O réu André apresentou alegações finais, requerendo a absolvição na forma do art. 386, VI, do CPP (f. 197/198).

A defesa conjunta dos réus Adilson, Ilza e Flávia, em alegações finais, requereu a absolvição dos três réus diante da insuficiência probatória para a condenação. Caso não fosse esse o entendimento, que se considerasse a primariedade dos acusados e a atenuante da menoridade em relação à ré Flávia. Quanto à ré Ilza, se condenada, requereu a redução pela incidência da atenuante da confissão espontânea, a fixação da pena no mínimo legal e do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena (f. 199/204).

Sentença às f. 207/222, restando os réus André Luiz Cardoso e Flávia Cardoso de Oliveira absolvidos nos termos do art. 386, VI, do CPP. Já os réus Ilza Cardoso e Adilson Pereira de Oliveira restaram condenados, a primeira como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, e do art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 69 do CP; e o segundo, nas iras do art. 12, § 2º, II, e do art. 14 da Lei nº 6.368/76 na forma do art. 69 do CP. À ré Ilza foi imposta a pena final de seis anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 125 dias-multa. Ao réu Adilson a pena final de seis anos e onze meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 135 dias-multa. O valor unitário da pena de multa é de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Intimadas as partes e sua defensora, apelou a defesa (f. 230), em cujas razões recursais requer a absolvição do réu Adilson em relação aos delitos a ele imputados ou a absolvição de ambos em relação ao delito de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), revendo-se e reduzindo-se a pena aplicada (f. 249/258).

Contra-razões recursais às f. 261/267, requerendo-se o provimento parcial do recurso, a fim de que seja decotado da condenação o delito de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento do recurso (f. 278/283).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito.

Comprovada está, nos autos, a materialidade, mediante o APFD de f. 8/16; do auto de apreensão de f. 34; e do laudo toxicológico definitivo de f. 103.

Quanto à autoria atribuída à ré Ilza, essa resta inequivocamente evidenciada, seja por meio da confissão

judicial da ré, seja mediante a prova testemunhal, a saber:

[...] que a acusação é verdadeira quanto a ser sua a droga apreendida, mais os co-réus não tem ligação com a interroganda quanto à droga apreendida; nenhum deles tinha conhecimento da existência da droga, fazia um mês que traficava entorpecentes; [...]; o dinheiro encontrado na bolsa foi obtido com a venda de crack, sendo que estava sobre a mesa da cozinha; os outros valores apreendidos foram obtidos pelo trabalho do companheiro da interroganda; [...]; que a droga era comercializada em sua casa (sic, interrogatório de Ilza - f. 161).

[...] na casa de Ilza foi encontrada a droga; no momento da busca e apreensão Ilza se encontrava dentro da casa e no quintal Adilson e um parente da ré (Ricardo Teobaldo - f. 162).

[...] participou da diligência que resultou na apreensão dos três primeiros réus, visto que Flávia foi presa posteriormente pela Polícia Militar; chegou aos policiais que o tráfico no local eram Ilza e André Luiz; a droga foi encontrada na casa da Ilza (Fábio Balca Costa Neves - f. 164).

[...] entrou na casa junto com os policiais e viu o encontro das drogas; na casa onde foram encontradas as drogas residem Adilson e a mulher dele (Benedito Antônio Luiz Ramos - f. 167).

A confissão da ré Ilza, corroborada pela prova dos autos, somada à quantidade da droga apreendida, à sua forma de acondicionamento e à quantia em dinheiro encontrada em sua residência, não deixa dúvidas, lado outro, da finalidade mercantil detida pela acusada quanto à referida substância entorpecente.

O acervo probatório é claro quanto à autoria da ré Ilza. Tanto é assim que ela resume o seu inconformismo tão-só à condenação pelo delito de associação para o tráfico e, no que respeita ao delito de tráfico, apenas ao *quantum* da pena aplicada. Portanto, mantenho a condenação da ré Ilza como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76.

Antes de passar à análise da condenação pela prática do crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), manifesto-me acerca do pleito absolutório formulado pelo co-réu Adilson quanto ao delito previsto no art. 12, § 2º, II, da Lei 6.368/76.

A autoria desse delito em relação ao réu Adilson, por sua vez, não está configurada nos autos.

Dispõe o art. 12 da Lei nº 6.368/76:

Art. 12. [...]

§ 2º nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - [...]

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

No caso dos autos, cumpre verificar dois requisitos para que se configure a conduta descrita na segunda parte do art. 12, § 2º, II, da antiga Lei de Tóxicos, quais

sejam: o agente deve ser proprietário, possuidor, administrador ou vigilante do local utilizado por outrem para o tráfico e deve consentir, por ação ou omissão, que outrem se utilize do referido local para o exercício do tráfico de drogas.

Em primeiro lugar, destaco que o réu Adilson é amásio da ré Ilza, morando com ela há aproximadamente 16 anos, conforme relata ele próprio em seu interrogatório de f. 151. Todavia, ao contrário do entendimento esposado na sentença, não restou inequivocamente demonstrado que o réu tinha ciência da existência da prática do tráfico de droga em sua residência, nem do envolvimento de sua amásia com aquela atividade ilícita, já que, à época dos fatos, trabalhava o dia inteiro em uma olaria e pouco permanecia em casa, conforme confirma a prova testemunhal, a saber:

Adilson trabalhava como servente e depois passou a trabalhar na olaria; já fazia bastante tempo que Adilson trabalhava na olaria; trabalhava diariamente e depois do serviço saía para beber e às vezes não dormia em casa (Ilza - f. 161).

Que Adilson trabalha na fabricação de tijolos e Ilza cuida da casa (Júlio de Oliveira - f. 178).

Ilza é doméstica e Adilson trabalha com olaria (Cleide de Fátima Ferreira dos Santos - f. 179).

Ilza é dona de casa, André Luiz trabalha com compra e venda de carros e Adilson trabalha no ramo de olaria (Adriane Aparecida da Silva Mendes - f. 183).

Por outro lado, o fato de o réu Adilson ser amásio da ré Ilza, com ela co-habitando, já o descaracteriza como sujeito ativo do delito, uma vez que não há como exigir do amásio (Adilson) que tome atitudes efetivas para impedir a conduta da amásia (Ilza), expulsando-a do imóvel ou se retirando deste.

Primeiro, porque, embora os autos não tragam detalhes acerca da união havida entre os réus, o fato é que, morando junto, ambos detêm a composses do imóvel em discussão, não havendo que se falar em permissão ou consentimento do réu para o uso indevido do imóvel, uma vez que, na composses, cada um exerce o domínio da coisa por inteiro, ou seja, *pro indiviso*.

Segundo, porque, em caso de marido e mulher, ou de companheiros, não há como exigir conduta diversa, quando um deles utiliza, para fins de tráfico, a residência do casal e o outro não está envolvido com a mercancia ilícita.

A interpretação analógica do disposto no art. 206 do CPP, que dispensa um cônjuge do dever de testemunhar contra o outro, ainda que estejam separados, permite concluir que o réu Adilson, como amásio da ré Ilza, não tinha o dever de denunciar ou de impedir a realização da conduta ilícita por ela exercida.

Ora, a finalidade do legislador nesse artigo é a preservação da paz e da harmonia da família, levando-

se em consideração os laços afetivos ou de consangüinidade que prendem a testemunha ao acusado.

Em conformidade com a concepção tripartida de delito (fato típico - ilicitude - culpabilidade), a culpabilidade se aperfeiçoa quando restam comprovados a imputabilidade do agente, o potencial conhecimento da ilicitude do fato e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa.

Nesse diapasão, a inexigibilidade de conduta diversa exsurge como causa suprallegal de exculpação - excludente de culpabilidade - e constitui verdadeiro princípio de direito penal.

A simples verificação da existência de situações de exculpação de um autor culpável indica a insuficiência do conceito de culpabilidade para dar conta das condições de anormalidade que fundamentam o juízo de inexigibilidade concretizado em determinadas situações.

Entendo que a nossa legislação penal não proíbe a utilização da inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de exculpação, pois, a despeito do formalismo, o julgador deve nortear-se pelos princípios informadores do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o fato de não existir a previsão pertinente expressa na lei adjetiva penal não implica que tal princípio não possa ser aplicado.

Em decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que:

[...] a exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de consequência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade. Especificada e admitida a forma de inexigibilidade, aos jurados devem ser indagados os fatos ou as circunstâncias fáticas pertinentes à tese (STJ - HC 16.865/PE - Rel. Min. Félix Fischer - DJ de 04.02.2002, p. 435).

Diante disso, entendo que, ainda que o réu Adilson tivesse ciência da conduta ilícita da ré Ilza, não lhe seria exigível conduta diversa, de modo que deve ele ser absolvido da imputação que lhe é feita na denúncia, na forma do art. 386, V, do CPP.

Diante disso, não há falar em associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), sequer em relação à ré, devendo ambos os réus ser absolvidos da imputação relativa a esse delito, na forma do art. 386, IV, do CPP.

No que se refere à dosimetria da pena, verifico que a pena-base para o delito de tráfico, em relação à ré Ilza, foi fixada acima do mínimo, em três anos e 9 meses de reclusão e 70 dias-multa, sob o fundamento de que a culpabilidade da ré é elevada, uma vez que a sua conduta fomenta outros delitos na sociedade, o que lhe confere maior grau de censurabilidade. O que fez o douto Sentenciante, finalmente, foi valer-se da gravidade abstrata do crime para agravar a situação da sentenciada, quando o próprio legislador já o fez ao definir como crime a conduta em questão. Portanto, fixo a pena-base

no mínimo legal, em três anos de reclusão e 50 dias-multa.

Mesmo reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantenho a pena como fixada, porque não é permitido reduzi-la para alguém do mínimo legal. Torno, portanto, definitiva a pena como fixada na primeira fase, na ausência de circunstâncias outras a considerar.

Estabeleço, para cada dia-multa, o valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Quanto à possibilidade de substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, entendo que o benefício previsto no art. 44 do CP não é vedado aos apenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, seja por não existir tal vedação nas disposições do referido artigo e seus incisos e parágrafos; seja por não existir na Lei 8.072/1990, mormente após a alteração do art. 2º desta lei pela Lei nº 11.464/07. No caso dos autos, a ré preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, razão pela qual substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser definida no Juízo da Execução, e em prestação pecuniária, que imponho no valor de um salário mínimo, a ser revertido em benefício de entidade a ser determinada nesse mesmo Juízo.

Tudo considerado, dou provimento parcial ao recurso para absolver o réu Adilson das imputações contidas na denúncia, na forma do art. 386, III, do CPP, e absolver a ré Ilza da imputação relativa ao delito de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), na forma do art. 386, IV, do CPP, e para reduzir a pena relativa ao delito de tráfico (art. 12 da Lei nº 6.368/76), para três anos de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser definida no Juízo da Execução, e em prestação pecuniária, que fixo no valor de um salário mínimo, a ser pago a entidade a ser indicada no mesmo juízo.

Expeçam-se alvarás para a soltura dos réus, se por aí não estiverem presos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...