

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - TESTEMUNHA - RETRATAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CAUSA DE AUMENTO - ADOLESCENTE - MENOR DE VINTE E UM ANOS - CAUSA DE DIMINUIÇÃO - RÉU PRIMÁRIO - BONS ANTECEDENTES - LEI MAIS BENÉFICA - APLICABILIDADE - CRITÉRIOS

Ementa: Apelação criminal. Tráfico. Prova robusta. Condenação mantida.

- Se na fase inquisitorial fica patente que o réu vendia drogas, a retratação das testemunhas que confessam temer o traficante tem especial relevo, porque seria mesmo comum a modificação da versão, até como forma de proteção à própria integridade física. Conflito de leis no tempo. Nova lei. Maior pena abstrata. Nova causa de diminuição que conduz a pena inferior. Análise em cada caso.

- Mesmo que a nova legislação apresente pena abstrata maior do que a lei revogada, constatado que, dependendo da fração matemática que se aplique à nova causa especial de diminuição de pena, se mostre mais benéfica, obrigatória a verificação da situação de benefício que depende de avaliação de cada caso ocorrido na vigência da norma revogada. Nova Lei de Tóxicos. Fato anterior à sua vigência. Causa especial de aumento e de diminuição do art. 40, VI, e do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inteligência do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

- A nova causa de aumento e de diminuição de pena prevista na nova lei aplica-se retroativamente ao crime consumado sob a égide da lei anterior, quando presentes as hipóteses declinadas e desde que a pena a concretizar, vista sob a ótica das novas causas, se mostre mais benéfica, situação que dependerá da fração matemática que se aplicar. Tráfico. Causa especial de aumento e de diminuição de pena. Art. 40, VI, e art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Aferição de dedicação às atividades criminosas. Inadequação da condição. Afastamento. Aplicação.

- Se o tráfico envolve menores, aplicável a nova causa de aumento, que tem como referência a pena da legislação atual, e, da mesma forma, presentes que estejam as condições de primariedade, bons antecedentes e ausência de prova de que o agente integre organização criminosa, impossível afastar a causa de diminuição, afastando-se a análise da dedicação às atividades que não foi qualificada na lei, porque a condição é colidente com a própria causa estabelecida. Ambos os recursos desprovidos, concedendo-se *habeas corpus* de ofício para adequar as penas aplicadas.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0696.06.025161-3/001 - Comarca de Tupaciguara - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Wesley Gomes Vieira - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Wesley Gomes Vieira - Relator: Des. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, READEQUANDO A PENA, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2007. -
Judimar Biber - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Judimar Biber* - Wesley Gomes Vieira, vulgo "Fura-Bolo", devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, da Lei Federal 6.368/76.

Narra a peça póstica que no dia 19.07.2006, por volta das 22 horas, na Rua Luiz Gomes de Campos, 162, Bairro Paineiras, Município de Tupaciguara, o denunciado, dolosamente, vendeu quatro pedras de substância entorpecente "cocaína-base", vulgarmente conhecida como crack, causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para a adolescente A.C.N.S.

Consta ainda que o denunciado, visando à mercancia, tinha em depósito 1,75g (um grama e setenta e cinco centigramas) de substância entorpecente *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como "maconha" e oito

pedras de crack, sendo que a prisão do denunciado somente foi possível uma vez que policiais militares presenciaram a adolescente supracitada saindo da residência do denunciado trazendo consigo as quatro pedras de crack, que havia acabado de adquirir, sendo que, ato contínuo, empreenderam diligências na sua residência, logrando êxito em apreender as citadas substâncias.

A denúncia foi recebida em 06.09.2006.

Após regular instrução criminal, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou o acusado pela prática do crime tipificado no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, segunda parte, ambos da Lei Federal 6.368/76, cuja pena fora fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 77 (setenta e sete) dias-multa, com cumprimento da pena em regime inicialmente fechado.

Inconformadas, apelaram da decisão ambas as partes.

Em suas razões recursais, pleiteia o MP (f. 115/122) a reforma da sentença no tocante à fixação do regime de pena inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao réu em regime integralmente fechado.

O segundo apelante por sua vez, nas razões recursais trazidas às f. 124/129, pleiteia a reforma da sentença, ao argumento de que a única prova apresentada nos autos, depoimento de policiais, é por demais frágil, não merecendo credibilidade, sendo que a quantidade de

substância apreendida e o modo como a mesma se encontrava acondicionada não são provas suficientes de mercancia, pleiteando a desclassificação do crime para o previsto no art. 16 da Lei Federal 6.368/76.

Intimadas para contra-razões, ambas as partes as apresentaram (f. 132/136 e 138/142).

Nesta instância revisora, a douta Procuradoria, em parecer lavrado às f. 148/153, opina para que seja negado provimento a ambos os recursos.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso porque presentes todos os requisitos do juízo de sua admissibilidade.

Por ser prejudicial ao recurso do Ministério Público, impõe-se a análise, com prioridade, do recurso aviado pela defesa, que pretende a absolvição do acusado pelo delito de tráfico, ou sua desclassificação para o delito de uso, fundado na argumentação de que não há provas nos autos para imputar ao réu a prática de tráfico, sendo que o depoimento policial não é prova contundente da existência de tráfico.

Consta dos autos que policiais militares, em 19.07.2006, presenciaram a menor infratora A.C.N.S. saindo da casa do autor Wesley Gomes Vieira, portando uma caixa de fósforo, a qual continha quatro pedras de crack, bem como dez reais em dinheiro, tendo a menor afirmado ter adquirido a substância do acusado Wesley.

Ato contínuo, os policiais dirigiram-se à residência do acusado Wesley, onde depararam com o mesmo, aparentemente, vendendo uma pedra de substância tóxica para A.E.A.S, com a qual encontraram cem reais em dinheiro, sendo ainda encontradas, dentro do tênis do acusado, oito pedras de crack.

A materialidade delitiva está corroborada pelo auto de apreensão de f. 16 e pelo laudo de constatação de f. 75.

Pretende a defesa afastar a condenação ao argumento de que inexisteriam provas a respaldar a condenação, contendo apenas depoimentos policiais que não seriam válidos para o édito condenatório, mas, ao contrário das suas alegações, a prova testemunhal produzida nos autos, mormente pelas menores que adquiriram a droga, é coesa em apontar o acusado como traficante; no entanto, a autoria é inconteste.

Segundo informou em juízo a testemunha (f. 81):

[...] que, assim que a menor A.C. avistou a viatura policial, jogou no chão uma caixa de fósforo contendo quatro pedras de crack; que, ao ser abordada, ela confessou ter adquirido essa droga do acusado; que também esteve na residência do acusado, e, lá, o Sargento Vieira encontrou as demais drogas; que, segundo denúncias anônimas recebidas pela PM, na casa do réu funcionava ponto de venda de drogas; que não sabe se além de traficar o acusado também é viciado em drogas.

Segundo declarou a menor usuária, à f. 19:

[...] que, perguntado para a declarante se a mesma é usuária de drogas, respondeu que sim, tendo começado a usar recentemente e usa maconha e crack; que, perguntado para a declarante de quem a mesma adquire drogas, respondeu que em todas as vezes adquiriu de Wesley Gomes Vieira, pagando dez reais pela pedra de crack e cinco reais por cada porção de maconha [...].

Também outra menor, também usuária, à f. 21, informa:

[...] que, no carnaval do corrente ano, retornou para esta cidade, quando por umas duas vezes, salvo engano, adquiriu droga de Wesley Gomes Vieira, conhecido por 'Fura Bolo', tendo uma vez comprado um 'bral' (um cigarro de maconha), pelo qual acha que pagou três reais, e na data de ontem comprou 04 (quatro) pedrinhas de crack, pelas quais pagou R\$ 30,00 (trinta reais); que, ontem à noite, por volta de umas 20 horas, a informante se dirigiu sozinha até a residência de Wesley, o qual estava na porta da residência, do qual adquiriu as quatro pedras de crack, pagando a importância de R\$ 30,00 (trinta reais) [...].

Malgrado o réu negue a propriedade da droga, embora confesse a condição de usuário (f. 08, 51/52), as circunstâncias em que ocorreu o flagrante conduzem à certeza de que o apelante estava negociando pedras de crack, no momento da abordagem policial, sendo irrelevante o fato de ser ou não usuário.

De início, observo que as duas testemunhas menores, envolvidas como usuárias, dão coerente versão de que adquiriram drogas do réu mais de uma vez, sendo certo que também confessam o temor, quando da oitiva na fase inquisitorial, de que o réu, ciente da imputação, lhes fizesse algum mal, o que, aliás, é muito comum nos delitos de tráfico, em que impera, na maioria das vezes, a lei do silêncio.

O só contexto extraído dos testemunhos, aliado ao fato de que a versão apresentada na retratação de ambas não apresenta um mínimo de coerência, não deixa dúvida de que a retratação decorreu exatamente do receio inerente ao tráfico ilícito de entorpecentes, porque aqueles que se envolvem com tal atividade não têm escrúpulos na prática de violência como forma de acobertar o ilícito, e, por isso mesmo, geralmente, apresenta grande temibilidade frente à comunidade que os cerca.

De outro lado, não há dúvida de que os usuários, em geral, não têm nenhum interesse em aclarar o caso, seja em virtude do temor, seja em virtude do pessoal interesse em manterem um contato para satisfazer o vício, mormente na venda de crack, sendo mesmo atitude normal a retratação quanto ao envolvimento com narcotraficante.

A retratação das menores, por sua vez, conforme ressaltou a decisão hostilizada, não merece prevalecer, porque a riqueza de detalhes fornecida, aliado à ausência de maiores explicitações a respeito da retratação, mormente de detalhes a respeito, não deixa dúvida de que ambas as retratações não encontrariam respaldo na prova produzida.

Por sua vez, seria mesmo incrível a versão apresentada na fase policial no sentido de

que uma das menores teria ganhado a droga de terceira pessoa, cujo nome desconhece e que residiria em Centralina, porque, em relação à primeira versão, seria mesmo incrível o contexto.

De outro lado, seria mesmo temerário supor que a segunda usuária tivesse realizado o depoimento da fase inquisitorial, coagida por agressões físicas de um policial, sem que tenha efetivamente guardado a sua descrição, mesmo porque o torturado raramente se esquece de seu algoz, fato que certamente a adolescente não tinha como alcançar em virtude de sua tenra idade.

A retratação não merece qualquer crédito, mas o fato é que, no contexto probatório dos autos, não fosse os testemunhos das usuárias quando do inquérito, ainda assim não haveria o menor espaço para a absolvição.

É que a testemunha de f. 78 dos autos, em harmonia com as demais declarações trazidas aos autos pelos policiais militares responsáveis pela prisão, não deixa dúvida de que a residência do réu é ponto conhecido de venda de drogas.

O entorpecente, por sua vez, estava acondicionado em doses unitárias, prontas para a venda e, não fosse o testemunho de f. 78, haveria denúncias anônimas no sentido de que o local é destinado à venda de drogas.

Foi apreendida razoável quantidade de substâncias entorpecentes, que são também diversas, e cujo conteúdo não seria compatível com a condição econômica do acusado, que se diz usuário de droga e de bebidas alcoólicas, quando não comprovou a existência de emprego fixo.

Logo, os veementes indícios constatados, quando da apreensão da droga, já seriam suficientes para a condenação, porque não deixam sombra de dúvida sobre a condição de traficante do apelante, que alienava substâncias entorpecentes, não dando a mínima se tal alienação fosse realizada pelas menores, que confessaram a aquisição.

De outro lado, não há uma só prova acerca das alegações produzidas pela defesa, antes pelo contrário, a prevalecerem as versões das testemunhas e os demais elementos de convicção coligidos, o crime de tráfico se impunha como única saída possível.

Quanto à tentativa do apelante de desmerecer a atuação policial, nunca é demais repisar que a jurisprudência dos nossos tribunais é iterativa no sentido de que os milicianos civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal:

Processual penal. Penal. Testemunha policial. Prova. Exame.

- I. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento.
- II. Não é admissível, no processo de *habeas corpus*, o exame aprofundado da prova.
- III. HC indeferido (STF - HC nº 76557/RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU de 02.02.2001, p. 73).

Direito penal e processual penal. Crime de tráfico de entorpecentes, com qualificadora de associação (arts. 12 e 18, III, da Lei nº 6.368/76). *Habeas corpus*. Alegações de: 1) falta de justa causa para a ação penal; 2) vício na fixação da pena; 3) inaplicabilidade da qualificadora da associação (inciso III do art. 18), se esta não envolve menor de 21 anos de idade - alegações repelidas.

- 1. Não há falta de justa causa para a ação penal, se a condenação se baseia não só em elementos informativos do inquérito policial, mas também em provas colhidas em juízo, com observância do princípio do contraditório.
- 2. Não se pode afirmar, em tese, a invalidade de depoimentos de policiais, pelo simples fato de o serem, sem que outras razões justifiquem sua rejeição.
- 3. Os elementos informativos e de prova, em que se baseia a condenação, devidamente

fundamentada, não podem ser reexaminados, em profundidade, no âmbito estreito do *habeas corpus*.

- 4. Não há vício na fixação da pena quando esta se faz com observância dos fatos e circunstâncias da causa e leva em conta os limites legais e o disposto no art. 59 e seus incisos do Código Penal, como no caso.
- 5. Não procede a alegação de que a qualificadora do inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368, de 21.10.1976, só se justifica quando a associação envolve também menores de 21 anos de idade; ao contrário, basta que a associação se configure, mesmo entre maiores de idade.
- 6. HC indeferido (STF - HC nº 72500/SP - Rel. Min. Sydney Sanches - Primeira Turma - DJU de 04.08.1995, p. 22.448).

Portanto, irretocável a bem-lançada decisão que condenou o réu nas iras do art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76.

Resta saber ainda se prevaleceria a causa de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei Federal 6.368/76 e se é possível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, já que a questão foi analisada sob a ótica do art. 12 da Lei Federal 6.368/76.

Em relação à causa de aumento, foi ela prevista expressamente no art. 40, VI, da atual Lei Federal 11.343/06, de modo a justificar sua manutenção no caso concreto, com as considerações que farei logo abaixo.

É que tanto a nova causa de aumento, como a nova causa de causa de diminuição, que podem resultar em operação matemática inferior àquela concretizada, merecem análise em cada caso, em decorrência da imposição legal do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que é taxativo no sentido de que a lei posterior, que de qualquer modo favoreça o agente, aplica-se aos fatos anteriores, mesmo que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Faço tal afirmação, tolhido pela constatação de que, muito embora a pena mínima abstratamente considerada para a nova

disposição do art. 33 da Lei Federal 11.343/06 e substitutiva do art. 12 da Lei Federal 6.368/76 se mostre muito superior àquela anteriormente prevista, o fato é que, diante das circunstâncias de cada caso, poder-se-ia, na terceira fase da fixação da pena, dependendo da fração matemática que se aplique em virtude das circunstâncias do caso, revelar-se a nova pena aplicada, mais benéfica do que aquela concretizada na sentença.

Tenho inclusive defendido a idéia de que a verificação deva ser feita indistintamente para todos os casos, inclusive de ofício, quando do recurso de apelação, presentes que estejam as condições da norma atual, até como forma de prevenir virtuais injustiças decorrentes do conflito das normas no tempo, mesmo porque tal situação prenuncia uma enorme economia processual se vislumbrarmos a ação revisional para obter o mesmo provimento, atraindo o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que impõe ao Tribunal a verificação da existência de coação ilegal quando dos recursos.

Como venho defendendo, presentes as condições, qualquer que seja a reprimenda concretizada com base na norma anterior seria indispensável verificar as condições da causa de aumento e da causa de diminuição, para se saber se a verdade matemática que se impõe ao final é ou não mais benéfica ao réu, ou se há virtual coação ilegal decorrente da pena concretizada.

Nelson Hungria, ao tratar do tema, adverte:

Não se pode operar tendo em vista as penas *in abstracto*. A decisão justa é proceder-se à distinta aplicação hipotética de cada uma delas ao caso vertente, para ver qual a que resulta mais benigna (*Comentários ao Código Penal*. 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, tomo 1, v. 1, p. 109).

Na mesma linha de argumentação, Galeno de Lacerda, ao firmar:

Para se verificar se a lei posterior favorece o agente, quando ela e a anterior mantêm a

incriminação do fato, não havendo um critério doutrinário geral (145), é encarar cada caso, considerando separada e integralmente a lei anterior e a posterior e comparando-as pelo seu conteúdo, apreciar as diferenças de uma e de outra, que só excepcionalmente se apresentam favoráveis em todos os seus aspectos, sendo mais freqüente que se apresentem favoráveis em parte e em parte não (*Tratado de Direito Penal*. 2. ed. revista e atualizada, Editora José Konfino, p. 163).

Aplicável ou não, questão que só se deslindaria após a fixação da nova pena, ambas as causas seriam aplicáveis; no entanto, a causa de diminuição legislada exige certo esforço hermenêutico para sua integração, porque, se o fato de o beneficiário ser primário, de bons antecedentes e não integrar organização criminosa é de fácil constatação pelos elementos de prova colhidos, a exigência de não-dedicação do agente à atividade traz uma real contradição intrínseca à causa de diminuição.

Portanto, em relação à causa de diminuição, penso que, para que a ação desenvolvida e atribuída ao beneficiário encontre integração ao tipo penal repressor, seja como for, indispensável a sua dedicação, até como forma de cometimento do crime.

O só fato de o agente não apresentar antecedentes criminais, ser primário e não participar de organização criminosa, com todo respeito de outras posições, recomenda, se não impõe, a presunção de inexistência de dedicação às atividades esperada pelo legislador.

De outro lado, a verificação da dedicação do agente à atividade, que não foi qualificada na lei, se não pela integração de organização criminosa, poderia trazer o inconveniente de criar situações díspares para hipóteses absolutamente idênticas, dependendo da posição interpretativa mais ou menos branda que se dê a tal condição.

Adotando uma posição mais dura, não seria despropositado sustentar a assertiva de que, seja como for, todo condenado teria obrigatoriamente que se dedicar à atividade típica para merecer a condenação pelo tráfico que lhe

foi atribuído na sentença, o que levaria, por dedução lógica, à negação da própria existência de hipótese a legitimar sua integração, o que significaria negar vigência a todo o dispositivo legal.

Ao contrário, adotando uma posição mais branda, também não haveria qualquer despropósito de se concluir que, se a causa legislada apresenta outras condições que lhe seriam compatíveis e se há uma específica que representa um impedimento à sua integração, impossível seria lhe sustentar como condição válida para o benefício, aplicando-se, portanto, a causa de diminuição dentro das demais condições existentes, por afastamento da colisão.

Soluções intermédias poderiam ser sustentadas, e, por certo, haverá quem defenda a própria condição de não-dedicação prevista como válvula de escape à aplicação concreta da causa, mesmo porque, sem maiores esforços, já declinaria os casos dos menores infratores que atingiram maioria com medida socioeducativa imposta por delito de tráfico, as virtuais absolvições anteriores por delito da mesma natureza, baseadas na falta de provas, as extinções da punibilidade alcançadas após sentença condenatória por prescrição retroativa e, até mesmo, a existência de veementes indícios de dedicação qualificada pela boa condição econômica, ou por outros elementos dos autos que conduzam à não-aplicação.

No entanto, não posso deixar de observar que a verificação da existência da condição de dedicação do agente suscita um elastério hermenêutico tal que a só indicação de sua existência inviabilizaria um seguro juízo a respeito de sua integração, de modo a justificar o afastamento das possíveis qualificações que lhe possam ser atribuídas, por não terem sido previstas na lei.

É que a vingar a possibilidade de tal qualificação, penso que se estaria a incentivar injustas composições interpretativas, que ficariam ao sabor das predisposições subjetivas daquele a que é atribuída a missão de deslindar o caso concreto, o que prejudicaria uma enorme diversidade interpretativa para o reco-

nhocimento da causa, o que, sem dúvida, gera uma enorme perplexidade.

Não seria demasiado lembrar que o conteúdo da diminuição seria válvula de escape suficiente para conduzir a uma interpretação mais branda e tornar justa a reprimenda a ser imposta, mesmo porque, dentro das condições probatórias de cada um dos casos, o Juízo, utilizando do seu prudente arbítrio, poderá impor diminuição de 1/6 a 2/3 da pena, ou seja, considerando a reprimenda em 60 meses, poderá diminuir a pena de dez a quarenta meses, o que representaria uma enorme variação, capaz de justificar uma análise mais adequada à solução da insegurança representada pela condição de qualificação da dedicação do agente.

Se não há dúvida de que as duas posições interpretativas trazidas decorrem de dedução lógica extraída do infeliz texto legislativo produzido, a própria natureza benéfica da legislação, nessa hipótese, imporia ao intérprete a obrigação de optar por aquela que firmasse a existência da norma a ser interpretada e de sua plena integração ao mundo jurídico, de modo a justificar o afastamento da análise da própria condição e o acolhimento das demais como forma de integração suficiente a sua aplicação, prevenindo a virtual colisão e adotando posição mais objetiva em relação às condições integrativas da nova causa especial de diminuição.

Nesse contexto, penso que seria melhor preterir uma visão que não conduza a uma interpretação absolutamente elástica, ou puramente subjetiva, a fim de resguardar a própria causa de diminuição legislada, até como forma de sustentar sua aplicação isonômica.

É por essas relevantes razões que estou tomando partido a respeito do tema, pedindo escusas aos que possam entender de modo diverso, a fim de declinar que a só existência de bons antecedentes, primariedade e não-participação do réu em organização criminosa seria suficiente para atrair a aplicação da nova causa de diminuição legislada.

No entanto, a par da visão interpretativa mais branda da colisão interna, não vejo como seja possível sustentar o hibridismo entre duas normas penais, porque, a vingar a interpretação da possibilidade de fusão de ambas, com a aplicação direta, tanto na causa de aumento como na causa de diminuição, previstas na nova lei, à pena concretizada sob égide da norma anterior, estaria o Poder Judiciário se imiscuindo com funções tipicamente legislativas, já que a só fusão representaria a criação de uma terceira norma absolutamente dissociada do contexto de ambas.

A só aplicação direta representaria verdadeira lesão ao princípio da isonomia, na medida em que suscitaria reprimenda desconforme com a nova ordem instituída a casos ocorridos fora de sua vigência temporal, criando uma situação subjetiva diversa entre condenados pelo mesmo fato e nas mesmas condições em momentos diferentes.

Representaria, ainda, a desconsideração da própria razão teleológica que animou o legislador à criação de ambas as causas, dentro do contexto da nova política antidrogas, cujo propósito seria sustentar o agravamento da anterior reprimenda penal existente para o tráfico, em virtude das novas condições sociais que entendeu válidas para delinear a nova política penal abstrata a ser considerada.

Por sua vez, as próprias causas de aumento e de diminuição vêm a reboque do agravamento da resposta penal pelo crime de tráfico e do abrandamento ao de uso, a nos dar segura orientação de que se mostraria injurídico o reconhecimento das causas especiais de aumento e de diminuição, tomando em consideração a pena concretizada na sentença sob égide da norma anterior.

É por esse mesmo motivo que se justifica a assertiva de que seria indispensável o afastamento da reprimenda fixada sob a ótica da norma anterior, para se chegar à verdade matemática, capaz de justificar a condição benéfica que suscitaria a aplicação de ambas ao caso concreto.

Vejamos o mestre Nelson Hungria:

[...] preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz, arvorando em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis (ob. cit., p. 106).

Na mesma linha, o não menos eminente Galeno de Lacerda:

Não é permitido, porém, ao juiz aplicar ao mesmo caso, simultânea ou sucessivamente, disposição de leis distintas, porque seria aplicar uma lei que não existe. A lei escolhida deve ser aplicada em sua integridade, em todo seu regime (ob. cit., p. 163).

Também o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *HC* 68.416-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, publ. no *DJU* de 08.09.1992, em caso análogo; se não, vejamos:

Habeas corpus. Lex mitior. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia.

- O princípio da retroatividade da *lex mitior*, que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por consequência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e parágrafo único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84).

- Os princípios da ultra e da retroatividade da *lex mitior* não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia.

- *Habeas corpus* indeferido (*RTJ*, v. 142, p. 564).

Logo, meu posicionamento a respeito do tema é no sentido de que a aplicação possível tanto da causa de aumento, como da de diminuição, pressupõe a integral verificação da pena a concretizar com base na nova lei, para se ter a dimensão da possibilidade de sua aplicação a cada caso, afastando-se a análise, na causa de diminuição, da possibilidade de quali-

ficação da condição de dedicação do agente às atividades criminosas, em face de sua colisão com a própria causa antevista e a natureza benéfica da nova disposição legislada.

Na hipótese dos autos, presentes que estejam as condições tanto da nova causa de aumento, como de diminuição, conforme acima dito, patente que o tráfico envolveu adolescentes, bem como patentes a primariedade, os bons antecedentes e a não-demonstração de que o apelante integre organização criminosa com os fins de tráfico, aplicáveis ambas as causas, sob o enfoque da nova pena.

Em consonância com o que decidiu o Juízo de 1º grau, no momento da fixação da pena-base, na forma das condições previstas no art. 59 do Código Penal, mormente aquelas já citadas na sentença, que justificam a existência de condições de pena superior ao mínimo legal, segundo o art. 33 da Lei Federal 11.343/06, fixo a pena-base, no mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão e 600 dias-multa.

Inexistentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena como fixada.

Presente que esteja a condição da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei Federal 11.343/06, aumento a pena-base de 1/6, ou seja, de 12 (doze) meses e 100 dias-multa, que seria o maior valor matemático capaz de aumentar a pena concretizada, o que tornaria a pena equivalente a 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Considerando aplicável ao caso a nova causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Federal 11.343/06, bem como que as condições não autorizariam diminuição superior, em face das circunstâncias dos autos, mormente da necessidade de maior repressão aos delitos contra adolescentes, havendo condições desfavoráveis a orientar a pena-base, diminuo a pena fixada em 1/2 (um meio), tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e a pena de multa em 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, resultando as operações em pena muito inferior àquela concretizada.

Considerando que a pena concretizada, segundo a ótica da nova disposição penal, é mais benéfica ao réu, muito embora a pena de multa seja exacerbada em relação àquela concretizada, porque preferível à manutenção das condições anteriores por óbvias razões, aplico a disposição constante do art. 2º do Código Penal e torno definitiva a pena fixada a cada um dos réus em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa.

Em relação ao valor unitário do dia-multa, assim como a ilustre decisão de 1º grau, fixo-lhe em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, em virtude das condições econômicas existentes nos autos.

Finalmente, pretende o Ministério Público modificar o regime penitenciário imposto na doutra sentença de 1º grau, mas, nesse particular, sem delongas, em que pesem as razões lançadas, o Supremo Tribunal Federal, ainda que por escassa maioria, declarou a inconstitucionalidade de parte do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, no *Habeas Corpus* 82.959/SP, propiciando a progressão de regime a todos os condenados por crimes considerados hediondos ou a ele equiparados.

As atuais decisões daquela Corte Constitucional são todas no sentido da admissibilidade da progressão, posição que é liberalmente seguida no Superior Tribunal de Justiça, havendo idêntico posicionamento assentado nesta egrégia Câmara.

Não fossem os precedentes citados, não há dúvida de que deve ser aplicada retroativamente a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei Federal 8.072/90 pela Lei Federal 11.464/07, que não mais deixa qualquer dúvida de que a condenação por crime hediondo gera a imposição do regime inicialmente fechado, por força do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, já que a legislação é mais benéfica ao réu.

Logo, visto sob qualquer ângulo, não pode prevalecer a pretensão ministerial.

Diante do exposto, nego provimento a ambos os recursos, para, nos termos do art. 2º, c/c o art. 654, § 2º, do Código Penal, conceder

habeas corpus de ofício e aplicar o art. 33, *caput* e seu § 4º, o art. 40, VI, da Lei Federal 11.343/06 e o art. 1º da Lei Federal 11.464/07, por redundar tal operação em situação mais benéfica, condenando Wesley Gomes de Vieira à pena afliativa de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, tomados pelo valor unitário de 1/3 (um trigésimo) do salário mínimo.

Custas do recurso voluntário, pelo réu, imune o representante do Ministério Público,

nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edelberto Santiago e Márcia Milanez*.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, READEQUANDO A PENA.

-:-