

**Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo -
Regime inicial fechado - Lei mais benéfica -
Retroatividade - Menor de vinte e um anos -
Nomeação de curador - Desnecessidade -
Nulidade não caracterizada**

Ementa: Nulidade processual. Curador. Menor de 21 anos e maior de 18 anos. Desaparecimento de sua relativa incapacidade. Arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, a, do CPP. Ab-rogação ou derrogação. Desnecessidade de curador. Inocorrência de nulidade. Tráfico de entorpecentes. Regime prisional. Imposição do integralmente fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 e sua alteração pela Lei nº 11.464/2007.

- Por não mais ser relativamente incapaz, nada impede que o menor de 21 e maior de 18 anos exerça todos os atos da vida civil, desaparecendo, portanto, sua incapacidade relativa e a necessidade de ser-lhe nomeado curador ou a presença ou assistência de seu representante legal para a prática desses atos. Em consequência, houve ab-rogação ou derrogação, segundo o caso, de todos os dispositivos do Estatuto Instrumentário Penal concernentes ao menor de 21 e maior de 18 anos e à nomeação de curador - arts. 15, 194, 262, 449 e 564, inciso III, alínea c, daquele Estatuto.

- Com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, no que concerne ao regime (o prisional), se condenado o réu pela prática de crime tido à conta de hediondo ou por infração penal a ele equiparada, passa o cumprimento da pena a ser o inicialmente fechado.

- De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0016.06.059927-7/001 -
Comarca de Alfenas - Apelantes: Douglas Roberto de
Lima, Diego Jonathans Gesen Gomes ou Diego
Jonathans Jessem Gomes - Apelado: Ministério Público
do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HYPARCO
IMMESI**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de novembro de 2007. -
Hyparco Immesi - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HYPARCO IMMESI - Procedeu-se à denúncia de Douglas Roberto de Lima, Diego Jonathans Jessem Gomes e Ione de Fátima Araújo nas sanções do art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, porque, em 15.07.2006, na Praça Pedro Landre, Bairro Santa Luzia, nº 505, na cidade de Alfenas, foram flagrados por milicianos, em atendimento a denúncia anônima, sob a acusação de comércio de substâncias entorpecentes. Foram encontrados 03 invólucros de alumínio, os quais continham pedras de crack, na posse de Douglas, que se encontrava em frente à sua residência. Posteriormente, efetuada busca na residência, foram localizados 89,80g de crack, 83,50g de cocaína e 82,10g de maconha. Além das substâncias entorpecentes apreendidas, os milicianos também apreenderam 02 balanças de precisão, bem como a quantia de R\$ 258,70, em moeda corrente.

Após a instrução probatória, adveio a r. sentença de f. 170 usque 179, da lavra do dinâmico Magistrado Dr. Nelson Marques da Silva, que julgou, em parte, procedente a denúncia; primeiro, para absolver Ione de Fátima Araújo do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/76, e, segundo, para condenar Douglas Roberto de Lima e Diego Jonathans Jessem Gomes como incurso nas sanções do mesmo art. 12 da Lei Antitóxicos, aplicando a cada um a pena de 03 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, e 50 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo. A r. sentença entendeu ser cabível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (nova Lei Antitóxicos), reduzindo as penas na fração de 2/3, tornando-as concretas em 01 ano e 08 meses de reclusão mais 50 dias-multa.

Irresignados, apelam, em conjunto, Douglas Roberto de Lima e Diego Jonathans Jessem Gomes (f. 182 e 189/200), às seguintes alegações: a) em preliminar, que há nulidade do processo, tendo em vista a não-nomeação de curador especial para o apelante Douglas, que contava 19 anos de idade na época dos fatos (f. 190); b) ainda em preliminar, que a ausência de mandado de busca e apreensão violou os direitos constitucionais do apelante Diego, haja vista sua prisão em flagrante, embora somente Douglas estivesse na posse de droga e apenas sua casa poderia ser vistoriada (f. 193); c) no mérito, que “[...] Diego não teve nenhuma participação no fato delituoso, pois apenas alugava a casa que fica em cima da casa de Douglas [...]” (f. 193); d) que “[...] a apreensão da droga se deu no armário da cozinha de Douglas [...]” (f. 193); e) que Diego somente fazia uso da cozinha de Douglas (f. 193); f) que “[...] Diego não possui acesso direto à casa de Douglas, e, em sua ausência, permanecia fechada [...]” (f. 194); g) que “[...] o apelante Diego negou e nega participação como agente [...]” (f. 194); h) que, quanto ao apelante Douglas, “[...] nada se apurou com relação ao tráfico ilícito de entorpecentes, sendo ele usuário confesso” (f. 196); i) que “[...] a quantidade de droga apreendida não é suficiente para declarar a condição de traficante do

agente [...]” (f. 197); j) que “[...] a quantidade de droga apreendida em poder de Douglas pode ser perfeitamente destinada ao uso, pois a que ele usava não seria suficiente nem para vinte dias de uso” (f. 198); j) que o regime de cumprimento fixado é inconstitucional (f. 199).

Almejam o provimento do apelo, para ser reformada a r. sentença, com a conseqüente absolvição de Diego e a desclassificação do delito para o indicado no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (quanto ao apelante Douglas Roberto Lima), ou, alternativamente, a modificação do regime de cumprimento de pena, além da substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Há contra-razões (f. 203/210).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do valoroso Procurador de Justiça Dr. Rômulo Paiva Filho (f. 217/224), recomenda o desprovimento do apelo. É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Das preliminares.

1- Ausência de curador especial.

No que concerne à nulidade argüida por ausência de nomeação de curador ao apelante Douglas por ocasião de suas declarações no inquérito e na fase judicial, não constitui causa de nulidade absoluta do processo, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo à defesa. A presença do curador destina-se, tão-somente, a impedir abusos em sua inquirição.

Ressalte-se que a Lei nº 10.792/2003 extinguiu a figura do curador ao réu menor de 21 anos, em razão da revogação do art. 194 do Código de Processo Penal e, tacitamente, de seus arts. 15 e 564, inciso III, alínea c.

A respeito, eis excerto de posição doutrinária:

Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de curador e a figura de seu representante legal. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c) (JESUS, Damásio E. de (Coord.). *Reflexos penais e processuais penais do novo Código Civil*. Série Mesa de Ciências Criminais. Editora Damásio de Jesus, 2003).

Rejeita-se a primeira preliminar.

2 - Nulidade do processo por ausência de mandado de busca e apreensão.

Entende o apelante Diego que não havia qualquer situação de flagrância ou de desastre que justificasse a entrada dos policiais em sua residência sem apresentação de mandado de busca e apreensão, pois só o co-réu Douglas estava na posse da droga e apenas a sua residência poderia ser objeto de vistoria.

Registre-se que existiam três casas interligadas em um mesmo lote, ou seja, as residências de lone, de Diego e de Douglas. Logo, os policiais realizaram a busca em todo o lote, em razão de o co-réu Douglas ter sido flagrado na posse de 03 pedras de crack, em frente à sua residência.

No caso, por tratar-se de crime permanente (tráfico de drogas), dispensa-se o mandado judicial para, em casos tais, o ingresso na casa dos acusados.

À colação, oportunos arestos:

Havendo flagrante delito, pode a autoridade policial penetrar na residência, a qualquer hora, independentemente de ordem judicial (STJ - RHC 1.099/RJ - Rel. Min. Assis Toledo - DJU de 27.05.91, p. 6.972).

Penal. Processual. Prisão em flagrante. Tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma. Apreensão em domicílio particular. Legalidade. Ausência de mandado judicial. *Habeas corpus*.

- 1. A CF, art. 5º, XI, assegura a inviolabilidade do lar, à exceção de hipóteses de prisão em flagrante, desastre e prestação de socorro ou determinação judicial.

- 2. O tráfico de entorpecentes é crime permanente, prescindindo-se, assim, da prévia expedição de mandado judicial. Não é ilegal a apreensão de entorpecentes e arma ilegalmente mantida, efetuada quando da prisão em flagrante do acusado.

- 3. *Habeas corpus* conhecido, pedido indeferido (STJ - HC 11.10-8/SP - Rel. Min. Edson Vidigal - DJU de 21.02.2000, p. 147).

No mesmo sentido: STJ, RHC 7.749-MG, Rel. Min. Vicente Leal (DJU de 28.09.98, p. 120); TJMG, Ap. Crim. 142.499-3, Rel: Des. Luiz Carlos Biasutti (DJMG de 26.05.99).

Rejeita-se, pois, também a segunda preliminar.

Do mérito.

A materialidade está evidenciada pelo auto de apreensão (f. 29), laudo de constatação (f. 38/40) e laudo toxicológico (f. 98).

É certo que os apelantes, desde o inquisitório, negam o ilícito. O apelante Diego nega o conhecimento da existência das substâncias entorpecentes, enquanto Douglas assumiu a propriedade da droga, porém alega que seria usuário. No inquisitório, declararam:

a) [...] que, quanto à apreensão de drogas, balança e aparelho receptor, nada pode informar; que em momento algum o conduzido presenciou a busca no interior da residência, onde mora num quarto alugado; que somente recebeu a notícia dos policiais de que tinham sido encontradas substâncias entorpecentes nessa residência, as quais seriam de sua propriedade e de Douglas; que a droga apreendida, balança de precisão e aparelhos receptores, nada lhe pertence [...] (Diego Jonathan Jessem Gomes - f. 12/13).

b) [...] que não presenciou a busca no interior da residência, confirmando que a substância entorpecente que foi encontrada no armário da cozinha dessa residência é de sua propriedade, bem como a balança de precisão; [...] que adquiriu a tal droga de um tal de ‘Zezinho’, tendo pago a importância de R\$ 3.000,00, e, quanto à maconha, nada pode informar [...] (Douglas Roberto de Lima - f. 14/15).

Em juízo, Diego ratificou suas declarações (f. 123/124), mas o co-réu Douglas ratificou somente em parte as dele (f. 125/126). Eis as de Douglas:

[...] o declarante era proprietário apenas da cocaína e do crack exclusivamente para consumo (do declarante); que

não estava portando esses entorpecentes, os quais foram encontrados no armário da casa do declarante; que a maconha e a balança de precisão foram colocadas pelos policiais; [...]; que reitera que não estava portando drogas, quando foi abordado pelos policiais; os policiais jogaram a maconha e a balança no corredor que dá acesso às duas casas anteriormente citadas [...] (f. 125/126).

No que concerne à prova testemunhal, transcrevem-se excertos do depoimento do miliciano que participou da apreensão da droga. Ei-los:

[...] sendo posteriormente identificados como Douglas e Diego, os quais estavam de frente à citada residência de nº 505, sendo imediatamente realizada abordagem dos mesmos; que, nesse momento, foi arrolada a testemunha Antônio Silva Ferreira, que tudo presenciou; que também posteriormente foi arrolada a testemunha José Ferreira Bastos; que Douglas estava de posse de três pedras de substância, aparentemente *crack*, enroladas em papel alumínio; que tentou, no ato, se desfazer das mesmas, porém, sem êxito; [...]; que o condutor encontrou em um armário várias pedras de substâncias aparentando ser *crack*, cocaína, bem como duas balanças de precisão utilizadas exclusivamente para pesagem de drogas, além de outros objetos constantes na apreensão que podem ser produto de furto; que também encontrou, no corredor lateral desse imóvel, certa quantidade de substância aparentando ser maconha; [...]; que tem conhecimento de que essa residência é usada para o tráfico de substâncias entorpecentes, e é alvo de busca e apreensão constantemente; que, ainda, esclarece que, quando da abordagem de Diego, este estava com um embrulho e tomou rumo do armário da cozinha, dispensando, dessa forma, o embrulho [...] (Cabo Maurício de Lima Gomes - f. 06/07).

As testemunhas presenciais Antônio Silva Ferreira e José Ferreira Bastos, bem como o miliciano Antônio Carlos de Oliveira, confirmaram a versão do policial condutor, Cabo Maurício (f. 08/09, 129, 130/131).

É de se dar crédito aos relatos dos policiais, visto que, além de convincentes e harmoniosos, encontram respaldo na prova carreada aos autos.

À colação, mostra jurisprudencial oportuna:

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 (STF - HC nº 76.557/RJ - 2ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso - j. em 04.08.1998 - *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 176, p. 759, e *Jurisprudência Mineira*, v. 155, p. 579).

Confrontados os critérios valorativos em seu conjunto, imperiosa era mesmo a condenação dos ora apelantes por tráfico de drogas, seja em razão dos depoimentos das testemunhas, seja em razão das circunstâncias que antecederam a sua prisão em flagrante, seja em razão da quantidade encontrada, bem como da apreensão de duas balanças de precisão. Não é, pois, viável o acolhimento da tese absolutória ou a desclassificação para o delito do art. 16 da Lei 6.368/76, pois a prova é

contudente à inarredável certeza acerca da destinação comercial da substância tóxica apreendida.

No que concerne ao regime prisional, sabe-se que, com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, se condenado o réu pela prática de crime tido à conta de hediondo ou por infração penal a ele equiparada, passa o cumprimento da pena prevista dos crimes hediondos a ser o inicialmente fechado.

De conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XL, da vigente Lei Fundamental da República, combinado com o art. 2º do Código Penal, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, é aplicável aos fatos anteriores (*lex mitior*).

Prevê a Lei nº 11.464/07:

Art. 1º. O art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º [...].

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado [...].

Ressalte-se que eventual progressão de regime a que possa fazer jus o réu, ficará a critério do Juízo da Execução, mediante exame dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Por fim, quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem razão os apelantes, pois já foram eles beneficiados com a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e o referido artigo impede a substituição da pena de liberdade por restritivas de direitos.

Transcreve-se o seu enunciado:

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.
[...].

§ 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.

À luz do exposto, em preliminar, rejeitam-se as nulidades argüidas e, no mérito, dá-se provimento, em parte, ao apelo, apenas para estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, para ambos os apelantes.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e REYNALDO XIMENES CARNEIRO.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...