

TRÁFICO DE ENTORPECENTE - PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CAUSA DE AUMENTO - ASSOCIAÇÃO - LEI Nº 11.343/2006 - RETROATIVIDADE - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - PROGRESSÃO - CO-RÉU - RECURSO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CUSTAS - PRAZO

Ementa: Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição. Redução da pena. Decote da causa de aumento de pena prevista no artigo 18, III, da Lei 6.368/1976. Substituição. Isenção das custas. Regime integralmente fechado. Extensão dos efeitos do julgado ao co-réu não apelante.

- Impossível a absolvição do agente quando satisfatoriamente comprovado que ele era o proprietário da droga apreendida, que se destinava ao comércio.

- Inadmissível a redução da pena-base quando já houver sido fixada no patamar mínimo.

- É de rigor o decote da antiga causa de aumento de pena referente ao concurso de pessoas, prevista no artigo 18, III, da Lei 6.368/1976, ante a falta de previsão legal na Lei 11.343/2006.

- Admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes de tráfico, exigindo-se, entretanto, análise favorável de todas as circunstâncias judiciais.

- A assistência jurídica integral, garantia constitucional, não compreende a isenção das custas do processo penal, mas apenas a suspensão do seu pagamento durante o período de cinco anos, salvo após o decurso do referido prazo.

- O regime inicial fechado, que possibilita eventual progressão, deve ser estabelecido como medida individualizadora da pena, na fase de execução, mostrando-se não só favorável ao réu, como também para garantir a sociedade, a ela restituindo-se pessoa que contribuiu com seu comportamento para a sua liberdade e foi rigorosamente observado durante o cumprimento da pena através dos estágios de progressão por ele conquistados, mostrando-se capaz de viver no convívio social do qual se alijou e foi alijado. Restituir à sociedade o apenado, tão-só pelo cumprimento de dois terços da pena, sem qualquer progressão anterior que possa ensejar uma melhor observação de sua conduta, é contribuir para o aumento da violência social.

- Inadmissível a imposição de regime integralmente fechado quando o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade, estendendo os seus efeitos a todas as penas em execução.

- Havendo modificação da sentença combatida em aspectos não pessoais, ela deve ser estendida ao co-réu não apelante.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0309.06.011256-7/001 - Comarca de Inhapim - Apelante: Nelson Caetano - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.^a JANE SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL, ESTENDENDO-SE A FORÇA DO JULGADO AO CO-RÉU NÃO APELANTE.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2006.
- Jane Silva - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.^a Des.^a Jane Silva - Nelson Caetano, inconformado com a sentença que o condenou a quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de sessenta e seis dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, por tê-lo considerado incurso nas penas do artigo 12 c/c 18, III, ambos da Lei 6.368/1976, requereu a absolvição, ao argumen-

to de que as provas dos autos não são aptas a embasar sua condenação. Alternativamente, pediu a redução da reprimenda imposta, sua substituição por restritivas de direitos e a isenção do pagamento das custas processuais.

Contra-razões ministeriais às f. 189/195 - TJ pela manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, narram os autos que no dia 24 de março de 2006, no Córrego do Prado, zona rural de São João do Oriente, Comarca de Inhapim, foram encontradas seis buchas de cocaína e vinte e cinco de maconha na casa de Elias Tomaz de Lima, que lhe haviam sido repassadas por Nelson Caetano, que as mantinha em depósito para fins de comércio.

A denúncia foi recebida em 17 de maio de 2006, e a sentença condenatória foi publicada em 14 de julho de 2006.

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido

os réus dela pessoalmente intimados (f. 178 e 179-TJ).

A sentença transitou em julgado livremente em relação ao co-réu Elias Tomaz de Lima (f. 187-TJ).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presentes o interesse recursal e os demais requisitos de processamento.

Não foi argüida nenhuma nulidade nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que deva ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pela defesa e, ao compará-las com a decisão ora combatida e com as provas dos autos, vejo que devo acolher parcialmente sua pretensão.

A materialidade do delito ficou substanciada pelo auto de apreensão das drogas (f. 16-TJ), pelo laudo de constatação prévia (f. 38/39-TJ) e pelo exame toxicológico definitivo (f. 96/97-TJ).

A autoria, apesar da negativa do apelante, também restou satisfatoriamente comprovada nos autos.

Quando ouvido (f. 31/32 e 129/131-TJ), Nelson negou sua participação nos fatos, alegando que tudo seria fruto de perseguição política. Acrescentou que Elias deve ter sido pressionado pelos policiais para imputar-lhe, na fase inquisitiva, a autoria delitiva.

Elias, quando ouvido perante a autoridade policial (f. 10-TJ), confessou a prática do crime, dizendo que Nelson seria o fornecedor

das substâncias entorpecentes. Entretanto, ele se retratou quando ouvido em juízo (f. 126/128-TJ), alegando ter sido ameaçado pelos policiais, oportunidade em que negou a participação do apelante.

O policial civil Isael Júnior Dias (f. 132/133-TJ) contou que várias denúncias anônimas imputavam a prática do tráfico ilícito de entorpecentes a ambos os acusados, sendo que não houve nenhuma coação no momento da oitiva de Elias na Depol. Tal versão foi corroborada pelo policial civil Tarcísio da Rocha Seixas (f. 134-TJ).

Maria Firmina de Jesus (f. 26-TJ) disse que Sandra Pereira dos Santos, companheira de Elias, confirmou espontaneamente serem dele as drogas apreendidas, não sabendo indicar, porém, sua procedência.

De fato, Sandra imputou a Elias a propriedade das drogas na fase inquisitiva (f. 19-TJ), não sabendo dizer de quem ele as teria adquirido. Entretanto, ela negou tal fato em juízo (f. 135-TJ), sob a alegação de ter sido pressionada pelos policiais a assim proceder.

Compulsando os autos, não vislumbro a ocorrência da alegada pressão policial, haja vista que Manoel Martins Corrêa (f. 08 e 137-TJ), testemunha presencial do auto de prisão em flagrante delito, sem qualquer interesse no deslinde da causa, negou a ocorrência de tais fatos. O mesmo foi relatado por Adirson Tavares Ferreira (f. 09-TJ), pessoa ouvida apenas perante a autoridade policial, mas cujo depoimento está em consonância com o contexto probatório. Lucelena Maria Campos (f. 139-TJ), pessoa que levou Elias até a Depol para que ele prestasse suas declarações, também ressaltou não ter presenciado qualquer ameaça policial.

Acrescente-se que há nos autos exames de corpo de delito referentes a ambos os co-réus (f. 24 e 34-TJ), todos eles negando a ocorrência de qualquer agressão física.

Aliás, note-se não haver, nos autos, qualquer prova que demonstre a ocorrência de pos-

sível erro, equívoco, coação ou dolo nas atitudes dos policiais.

Assim, percebo que a alegação de coação policial não passou de um artifício sem sucesso utilizado pelos acusados para tentar retirar o crédito da versão da acusação, satisfatoriamente embasada de acordo com o contexto probatório.

Assim, vejo que a versão apresentada espontaneamente por Elias na fase inquisitiva, de que estaria guardando as drogas apreendidas para Nelson, foi a única embasada pelo contexto probatório, motivo pelo qual a condenação do apelante foi feita corretamente, não havendo meios de absolvê-lo.

A defesa pleiteou a redução da reprimenda imposta na sentença.

Sua pena-base foi fixada no patamar mínimo, motivo pelo qual é juridicamente impossível sua diminuição.

Contudo, embora não haja dúvidas de que os co-réus agiram com unidade de desígnios, o decote da causa de aumento de pena previsto no artigo 18, III, da Lei 6.368/1976 é de rigor.

A Lei 11.343/2006, ao revogar a antiga Lei de Tóxicos, não previu em seu texto a causa de aumento de pena para o concurso de pessoas no tráfico de drogas, tendo regulado apenas a associação para ele, como delito autônomo, desde que comprovada a permanência da *societas sceleris*, o que não é o caso.

Assim, ante a ausência de previsão legal no atual diploma legal a respeito da figura do concurso de pessoas como causa de aumento de pena, como havia na lei revogada, ela deverá ser decotada, uma vez que a retroatividade da lei penal mais benéfica é necessária, consoante as disposições do artigo 5º, XL, da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Dessa forma, a pena imposta a Nelson deverá permanecer em três anos de reclusão e cinquenta dias-multa.

Por fim, requereu a defesa a substituição da pena do apelante por restritivas de direitos.

A nova Lei de Drogas proibiu expressamente essa possibilidade. Porém, como os fatos ocorreram antes de sua entrada em vigor em nosso ordenamento jurídico, tal pedido é, em tese, viável, pois não podemos restringir em hipótese em que o legislador não o fez.

Contudo, não entendo ser cabível a requerida substituição no presente caso, pois a conduta praticada pelo réu é de intensa reprovabilidade, não sendo a substituição suficiente para a reprovação e prevenção do delito, nem para a recuperação do agente, mormente quando parte da interpretação das circunstâncias judiciais referentes ao apelante lhe foi desfavorável, impondo-se a adoção de medidas mais adequadas para que se chegue ao fim último da pena. Assim é o entendimento jurisprudencial:

A aplicação da pena restritiva de direitos está mencionada em determinados requisitos, que se encontram elencados nos incisos do artigo 44 do Código Penal, com redação da Lei nº 9.714/98. O inciso III do mesmo artigo revela que a suficiência da substituição será indicada pela culpabilidade, pelos antecedentes, pela conduta social e pela personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

É sobretudo a altíssima reprovabilidade da ação delitiva, nos casos de tráfico de entorpecentes, que desaconselha os benefícios da substituição da pena privativa de liberdade, em tais casos (TJRS - AG nº 699081949 - Rel. Nilo Wolff - j. em 31.03.1999).

Não cumpridas pelo réu as condições do inciso III do artigo 44 do Código Penal, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos (TACrim-SP - *RJDTACrim* 04/106).

Dessa forma, impossível a substituição da pena de Nelson.

A defesa requereu, por derradeiro, os benefícios da Lei 1.060/1950. No caso, a situação de carência econômica do apelante não foi questionada. No interrogatório (f. 129/131-TJ) ele declarou que possuía advogado particular, na pessoa de Antônio Carlos Arêdes (OAB/MG 52.831), o qual foi, inclusive, o subscritor das razões de apelação.

O pagamento das custas constitui consequência da condenação, conforme se depreende do disposto no artigo 804 do Código de Processo Penal; e, mesmo sendo o réu pobre no sentido legal, não há como isentá-lo de tal obrigação.

A isenção só se dará se, no decorrer de cinco anos, contados a partir da sentença, o réu não apresentar condições de solver a obrigação decorrente da condenação.

A assistência jurídica integral, garantia constitucional, não compreende a isenção das custas do processo penal, mas apenas a suspensão do seu pagamento durante o período de cinco anos. Se durante esse período o condenado tiver mudado sua situação econômica, podendo pagá-las, deverá fazê-lo; não adquirindo condições para saldá-las, sem prejudicar seu sustento próprio ou familiar, continuará suspensa a obrigação, consoante o estabelecido no artigo 12 da Lei 1.060/1950. Penso que, assim, o pedido da defesa estará atendido. No mesmo sentido tem entendido o Superior Tribunal de Justiça:

Processo penal. Beneficiário da assistência judiciária gratuita. Possibilidade de condenação em custas processuais. Situação de pobreza. Momento da verificação. Execução.

- 1. Ainda que o condenado seja pobre, não pode furtar-se ao pagamento dos consectários decorrentes da sucumbência, devendo a condenação ficar sobrestada pelo período de cinco anos, em decorrência do seu estado de pobreza, o qual, se alterado, importará no retorno à imposição legal, nos exatos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Precedentes.
- 2. Não se pode desconsiderar a possibilidade de haver alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório.

Portanto, é na fase da execução que deve ser avaliada a miserabilidade do beneficiário da justiça gratuita, para fins de isenção de custas processuais. Precedentes.

- 3. Recurso não conhecido (REsp 263021/MG, Relator Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 18.03.2002 p. 307).

Dessa forma, impossível isentar, de imediato, o réu do pagamento de tais custas.

Apesar de não requerido pelo apelante, outro reparo merece a excelente decisão, consoante reiterado entendimento desta Turma Julgadora, ou seja, no que se refere ao regime de cumprimento da pena imposta ao apelante.

A questão, hoje, deixou de ser polêmica ante o reconhecimento *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do referido regime pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959.

O sistema brasileiro, no que tange ao regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, é o progressivo, grande arma para o executor das reprimendas, pois a gradual liberdade passa a ser uma conquista do condenado, que, por ela estimulado, desenvolve esforço pessoal para ter bom comportamento carcerário e adquirir novos princípios de vida com reflexos sociais em sua conduta posterior à prisão. Se não o faz, jamais obterá a almejada progressão, nem mesmo o livramento condicional, pois tais requisitos subjetivos são exigidos para a concessão dos aludidos benefícios.

Tal sistema foi inteiramente recepcionado pela Constituição da República de 1988, pois esta consagrou o princípio da individualização das penas, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, consoante o disposto no artigo 59, III, do Código Penal e repetido na Lei de Execução Penal, não podendo ser menosprezado.

A imposição de regime integralmente fechado implica determinação de pena cruel, pois retira do condenado o estímulo e a esperança necessária para o cumprimento das reprimendas impostas, o que igualmente o legis-

lador constituinte reprimiu ao estabelecer o princípio da humanidade das penas.

Assim, a questão há de ser interpretada conforme o princípio de individualização da pena estabelecido na Constituição da República, da qual faz parte a dos regimes de seu cumprimento, que, por sua vez, se faz de modo progressivo, conforme estabelecido no Código Penal e na Lei de Execução Penal, repita-se, inteiramente recepcionados pela Carta Magna.

Não se está agindo em desfavor da sociedade, mas sim para sua própria proteção, visto que o regime progressivo de cumprimento da pena permite uma melhor observação da pessoa do condenado, que, repita-se uma vez mais, só obterá a almejada progressão se a conquistar, ao passo que colocá-lo em liberdade depois do cumprimento de dois terços da pena, através do livramento condicional, é levar para o seio social uma pessoa que não foi testada para ser ali inserida ou reinserida, voltando rapidamente à marginalidade e colocando em risco toda a população já tão atemorizada.

Entendo que, antes do livramento condicional, que não é fase de progressão do cumprimento da pena, mas liberdade antecipada, a individualização da reprimenda e do seu regime, que também é feita na fase de execução, deve ser cuidadosamente examinada, com passagem para regimes diversos, até que, ao final dos dois terços de pena, se verifique se o apenado realmente contribuiu para o alcance de sua própria liberdade e se tem condições de obtê-la sem colocar em risco a segurança social.

A progressão não é um presente, mas uma conquista feita diuturnamente durante o cumprimento da pena.

Impõe-se, portanto, a modificação do regime integralmente fechado para o inicialmente fechado, compatível com as normas recepcionadas pela Constituição da República, ainda que não se possa afastar a hediondez do crime praticado, principalmente agora, quando o Tribunal Maior entendeu que a impossibili-

dade da potencial progressão fere a Carta Magna; e, não obstante ter sido feito através do controle difuso, deu-se, ao que se sabe, pela primeira vez, uma amplitude maior a tal decisão, alcançando os mesmos efeitos da decisão feita através do controle concentrado, pois, por unanimidade, entendeu-se que ela se estende *ex nunc*, alcançando todas as penas ainda em execução.

Ressalte-se que os efeitos de tal decisão devem ser interpretados como *erga omnes*, pois o Supremo Tribunal Federal, após decidir pela referida inconstitucionalidade, concedeu, por unanimidade, tal efeito à decisão, tendo posteriormente o mesmo Tribunal entendido que a questão nem mesmo precisava mais ser levada ao plenário, podendo os Ministros afastar o óbice por simples despacho; logo, não merece acolhimento a argumentação de que a matéria foi decidida apenas em relação ao caso concreto examinado.

Por fim, vejo que devo estender alguns efeitos do julgado ao co-réu não apelante, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

O decote da causa de aumento de pena elencada no artigo 18, III, da Lei 6.368/1976 e a fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda imposta na sentença, por não serem circunstâncias de caráter pessoal do apelante, também devem atingir Elias, no tocante a sua condenação pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo de Nelson Caetano, apenas para decotar a causa de aumento prevista no artigo 18, III, da Lei 6.368/1976 de sua pena e para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado, que se mostra necessário ante a elevada censurabilidade da conduta praticada, bem como pelas circunstâncias delitivas, mantendo sua reprimenda em três anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e o pagamento de cinquenta dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal.

Estendo os efeitos do julgado ao co-réu não apelante Elias Tomaz de Lima, apenas para decotar a causa de aumento prevista no artigo 18, III, da Lei 6.368/1976 de sua pena e para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado, que se mostra necessário ante a elevada censurabilidade da conduta praticada, bem como pelas circunstâncias delitivas, mantendo sua reprimenda em três anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo delito descrito no artigo 12 da Lei 6.368/1976 e em um ano de detenção, em regime semi-aberto, pelo delito descrito no arti-

go 12 da Lei 10.826/2003, além do pagamento de sessenta dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Antônio Carlos Cruvinel* e *Paulo César Dias*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, ESTENDENDO-SE A FORÇA DO JULGADO AO CO-RÉU NÃO APELANTE.

-:-:-