

**TÓXICO - TRÁFICO - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVAÇÃO - CRIME HEDIONDO -
PENA - CUMPRIMENTO INTEGRALMENTE EM REGIME FECHADO - PROGRESSÃO DE
REGIME PRISIONAL- DESCABIMENTO - DIREITO DE APELAR - RENÚNCIA DO CONDENADO -
HOMOLOGAÇÃO - RECURSO DO PROCURADOR - NÃO-CONHECIMENTO**

- Desde que plenamente capaz, pode o condenado renunciar ao seu direito de apelar, não podendo o juízo deixar de homologar sua manifestação de vontade. Em tal hipótese, não se conhece do recurso manejado pelo procurador do sentenciado.

- Para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente efetue a comercialização da droga. Basta que a possua, guarde, traga consigo, transporte ou a tenha em depósito, máxime em grande quantidade, circunstância evidenciadora da mercancia.

- O cumprimento da pena por tráfico de drogas integralmente em regime fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, vedada a progressão, é compatível com a Constituição Federal, que confere ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI) e estabelece princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.03.116215-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Ementa oficial: Tráfico ilícito de entorpecentes - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Crime hediondo - Vedada a progressão de regime, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado - Renúncia ao direito de apelar validamente manifestada. - Desde que plenamente capaz, pode o condenado renunciar ao seu direito de apelar, não podendo o juízo deixar de homologar sua manifestação de vontade. Não afronta o texto constitucional o cumprimento da pena por tráfico de drogas integralmente em regime fechado, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI) situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos. Provido o recurso ministerial e homologada a renúncia formalizada pelo condenado.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira 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 HOMOLOGAR A DESISTÊNCIA DO RÉU E DAR PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2004.
- Sérgio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Braga - Charles Rafael foi condenado perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da

Comarca de Juiz de Fora, pela decisão de fls. 174/184, às penas definitivas de quatro anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e pagamento de sessenta dias-multa, com valor unitário mínimo legal, por infração do art. 12, c/c art. 18, III, ambos da Lei 6.368/76.

Inconformados com a decisão, dela apelaram o Promotor Público, limitadamente (fls. 155), e o procurador do condenado (fls. 189), sendo que o próprio se conformou com a condenação.

O Ministério Público, em suas razões (fls. 193/198), restringe sua irresignação quanto ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, fixado no inicialmente fechado, pretendendo a reforma da decisão para que a pena seja integralmente cumprida no regime fechado, uma vez que o tráfico de drogas é considerado crime hediondo.

Contra-razões do apelado à fl. 206, verberando que o regime de cumprimento imposto está de acordo com a lei, baseando sua sustentação em brilhante voto da eminente Desembargadora Jane Silva, de reconhecida cultura jurídica, todavia sua posição neste particular é francamente minoritária, ainda mais que afronta o entendimento sumulado nos tribunais superiores e neste próprio, já pacificado que os crimes hediondos e assemelhados devem ter sua pena cumprida integralmente em regime fechado.

Nas razões do recurso manejado pelo procurador do apelado (fls. 208/210), alega-se que a autoria é indefinida e que não há provas suficientes a sustentar a condenação, requerendo-se a absolvição tal como concedida aos dois outros co-réus absolvidos.

Contra-razões pelo Ministério Público às fls. 211/217, rebatendo as razões de recurso do procurador do condenado, pugnano pelo conhecimento e improvimento do recurso defensivo, mantendo-se a decisão condenatória.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória que...

No dia 06 de novembro de 2003, na Rua Evaldo Loures Coelho, em frente ao nº 505, Bairro Vila Montanhosa, na Cidade de Juiz de Fora, os denunciados Charles Rafael, Fabiano Oliveira Martins, Roni Cristiman da Rocha e Oliveira da Silva Filho traziam consigo substância entorpecente.

Na ocasião, policiais patrulhavam o bairro, dando ênfase aos locais que sabiam ser pontos de venda de drogas, quando depararam com os denunciados conversando e dividindo entre si certa quantidade de substâncias entorpecentes variadas.

Diante do fato, os policiais observaram a transação durante certo tempo, tendo, em seguida, abordado os denunciados. Nesse momento, o quarto denunciado tentou evadir-se do local, utilizando-se de uma bicicleta, tendo caído, mas, prosseguindo e descendo com certa quantidade de substância entorpecente por um “escadão” existente no local. Contudo, os demais denunciados foram presos em flagrante delito. Com eles, os policiais arrecadaram um tablete prensado e uma bucha de substância esverdeada, sendo *Cannabis sativa Lineu*, uma pedra de substância parecida com “crack” e 10 (dez) papalotes de cocaína (*sic*).

Os acusados foram processados regularmente, conforme relatório da sentença que ora adoto por suficiente, aduzindo-se que Fabiano Oliveira Martins e Roni Cristiman da Rocha foram absolvidos, sendo o processo desmembrado em relação ao co-réu Oliveira da Silva Filho, que não atendeu à citação editalícia.

A Procuradoria de Justiça emitiu o parecer de fls. 226/228, salientando que o réu Charles Rafael absteve-se de apelar, estando mais que demonstrado o acerto de sua condenação, não

merecendo provimento o apelo manejado por seu procurador. Quanto ao recurso do Ministério Público, o cumprimento integral da pena em regime fechado é norma imperativa, devendo seu recurso ser provido.

Quanto ao conhecimento dos recursos:

1) Recurso manejado pelo procurador do condenado:

Conforme se observa da certidão de fls. 200-verso, ao ser intimado de sua condenação, o réu Charles Rafael manifestou expressa e livremente sua vontade de que não fosse recorrida a decisão.

Sua vontade de não recorrer foi formalizada no “termo de renúncia” juntado à fl. 201.

O recurso manejado nos autos é de exclusiva iniciativa do procurador do réu, contrariando a vontade do condenado.

Pois bem.

Segundo MIRABETE (*Processo Penal*, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, 8ª edição, p. 610):

... o direito de renunciar é da parte, não podendo ter seu exercício obstado pela discordância do advogado constituído, e muito menos pelo defensor dativo, a quem não foi concedido poderes expressos para tal, pois a tanto não conduzem as relações derivadas do mandato, nem o princípio da defesa técnica (*RT*, 554/36, 603/337, 618/314, 639/342).

Embora o conhecimento do recurso não traga nenhum prejuízo ao réu, porque proibida a *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa, entendo que as razões do renunciante devem ser respeitadas, ainda que não expressas, porque a tanto não está obrigado. Provavelmente, suas razões têm a ver com a maior publicidade que sempre decorre das medidas processuais que envolvem o recurso.

Lado outro, mesmo sem adentrar o mérito, não há a menor possibilidade de prosperarem as teses esgrimidas pela defesa, porque, se assim

não fosse, o recurso seria conhecido como *habeas corpus*, de ofício, o que não é o caso, repito.

Doutrina e jurisprudência são acordes na prevalência do expresso desejo do condenado de renunciar ao recurso, como se colhe dos julgados que colaciono:

A renúncia ao direito de apelar constitui faculdade processual de que é titular o próprio réu condenado, inobstante seja lícito ao seu defensor, desde que investido de poderes especiais, também abdicar do exercício desse mesmo direito. O direito de recorrer, que é essencialmente disponível, constitui situação jurídica que admite, em sede processual penal, a prática legítima da renúncia. O caráter voluntário da apelação criminal submete plenamente essa espécie recursal ao poder dispositivo de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, os quais poderão, em conseqüência, renunciar ao seu exercício. A única limitação existente incide sobre o MP, que, embora dispondo da faculdade de não recorrer, não poderá desistir da impugnação recursal que houver deduzido. Desde que plenamente capaz, pode o condenado renunciar ao seu direito de apelar. Essa manifestação de vontade do sentenciado, quando exteriorizada ao auxiliar do juízo, deve ser, para efeito de sua validade, reduzida a termo, assinado pelo próprio renunciante e, também, pelo oficial de justiça, escrevente ou pessoa judicialmente incumbida da diligência, sem prejuízo da intimação pessoal da decisão penal condenatória ao defensor constituído ou dativo (STF - HC - Rel. Celso de Mello - RT, 655/380).

O exercício do direito de recorrer em sede processual penal reveste-se de caráter voluntário. Assiste ao condenado, desse modo, a faculdade de livremente renunciar, por ato próprio, à interposição do recurso criminal cabível. Precedentes. Não se conhece de recurso criminal interposto pelo defensor, se o acusado, em momento anterior, e por ato pessoal, vem a renunciar, validamente, ao direito de apelar contra a sentença que o condenou. A decisão do Tribunal que, em tal circunstância, não conhece desse recurso não ofende a cláusula constitucional que assegura aos acusados a plenitude de defesa em juízo penal (STF - RE - Rel. Celso de Mello - RTJ, 152/597).

Apelação - Renúncia - Réu maior de vinte e um anos, cuja declaração de vontade se reveste de

plena eficácia jurídica - Desistência homologada. - O caráter voluntário da apelação criminal converte-a em espécie recursal inteiramente submetida ao poder dispositivo de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, os quais poderão, em conseqüência, renunciar ao seu exercício (TJSP - AP - Rel. Andrade Cavalcanti - JTJLEX, 165/337).

Se o réu, maior e capaz, ao ser intimado da sentença condenatória, renunciou ao direito de recorrer, não se toma conhecimento da apelação anteriormente interposta pelo defensor dativo (TACRIM-SP - AP - Rel. Haroldo Luz - RT, 730/565).

Manifestada de modo inequívoco a vontade do acusado em não acionar o segundo grau de jurisdição, resignando-se com a condenação decretada, inviável o conhecimento do recurso interposto pelo defensor, porque implicaria flagrante desrespeito à escolha do próprio destinatário da sanção penal (TACRIM-SP - AP - Rel. Wilson Barreira - RT, 758/579).

A titularidade do direito de apelar não é do defensor, senão do réu, ao qual toca, portanto, a decisão de fazê-lo. Desde que o réu se oponha ao exercício de tal direito, haverá o advogado de acatar-lhe respeito à vontade, pois o que procura em juízo está sujeito ao princípio geral que informa o mandato: só procede segundo a lei aquele que pratica o ato a que está expressamente autorizado (e o réu que renuncia ao direito de recurso por isso mesmo desautoriza expressamente que outrem o exercite) (TACRIM-SP - AP - Rel. Carlos Biazotti - RT, 742/653).

Sendo o direito do agente renunciável e, manifestado expressamente seu desejo de não apelar, correta é a decisão que não conhece do recurso manifestado por defensor dativo, porque desautorizado, contrariando a vontade do réu, titular do direito (TJRJ - EI - Rel. Joaquim Mouzinho - RDTJRJ, 33/239).

Se o titular de direito que é renunciável exerce a sua vontade manifestando por termo nos autos o desejo de não apelar, não pode o seu advogado desautorizá-lo, contrariando desejo expresso manifestado pelo referido titular do direito (TARJ - AP - Rel. Carlos Brazil - RT, 715/517).

Malgrado respeitável a posição de que a defesa técnica, como corolário do princípio do devido processo legal, deva prevalecer quanto à

vontade de apelar sobre o desejo do réu, o certo é que este é o titular do direito de recorrer. E este direito é disponível, renunciável. Não pode, portanto, o advogado ou o defensor apelar contra a vontade do titular do direito de recorrer (TJDF - AP 17.271/96 - Rel. Vaz de Melo - DJU de 11.06.97, p. 12.370).

Diante do princípio da disponibilidade, que permite às partes recorrerem ou não, deve prevalecer a vontade da ré em renunciar ao direito de apelar, a qual prepondera sobre o inconformismo do defensor dativo, porque não viola o direito da ampla defesa, em face do direito de escolha do cidadão. Inteligência do art. 574 do CPP (TJDF - AP 13.054/93 - Rel. Joazil M. Gardés - DJU de 14.09.94, p. 8.742).

O direito de apelar é do réu, e não de seu defensor, a não ser que tenha poderes expressos para tal. Assim, se o réu expressamente renuncia ao seu direito, conformando-se quanto à sentença condenatória, não se pode conhecer do recurso de seu advogado, homologando-se a renúncia. Recurso conhecido (TAPR - AP - Rel. Martins Ricci RT, 639/342).

O pedido de desistência do recurso por parte do réu sobrepõe a vontade do seu defensor, considerando que é o acusado quem tem o direito apelar, conquanto ao advogado caiba exercitar os limites do mandato. Recurso não conhecido em face da manifestação pessoal do réu em não recorrer (TJMS - AP - Rel. Carlos Stephanini - RJTJMS, 120/170).

Assim sendo, tratando-se de réu maior e capaz, ante o exposto, não conheço do recurso apresentado por seu procurador, ficando homologada a desistência expressa do réu.

2) Recurso ministerial:

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Inexistem questões preliminares a serem abordadas, não foram argüidas nulidades e nenhuma encontrei, quando do exame dos autos.

No mérito.

Como se viu da sentença, o apelado foi condenado pelo crime de tráfico de drogas.

A materialidade do crime imputado ao apelado e segundo o qual foi condenado está comprovada pelo auto de prisão em flagrante de delito (fls. 08/11), pelo boletim de ocorrência da Polícia Militar (fls. 13/16), pelo auto de apreensão das diversas drogas (fls. 19), pelo laudo provisório de constatação de substâncias entorpecentes (fls. 25) e pelo laudo toxicológico definitivo (fls. 36).

A autoria também é indubitável.

O réu Charles Rafael foi preso em flagrante de delito de posse de uma sacola onde se encontravam nada menos que 120 g de maconha, composta de um tablete prensado e um cigarro artesanal, uma pedra de "crack", de três gramas e dez papélotos de cocaína, no peso de 8 g.

Embora sempre que interrogado tenha o apelado negado tanto a propriedade da droga quanto o fato de ser usuário de tóxicos, os dois co-réus também presos e que se encontravam próximos ao mesmo quando da chegada da Polícia o incriminaram:

... por volta das 21:00 horas, encontrava-se fazendo a venda de um leitão, na rua Evaldo Loures Coelho, para o pai do conduzido Charles, ocasião em que chegou o indivíduo identificado como Carioca, e gritou para Charles '...e aí, cadê a minha parada? Tá em cima?...', tendo Charles pego uma sacola vermelha e caminhado na direção do elemento conhecido como Carioca, ocasião em que a Polícia Militar chegou ao local e fez a prisão de todas as pessoas presentes, com exceção de Carioca, que evadiu-se (Fabiano Oliveira Martins, às fls. 10) (sic).

... por volta das 21:00 horas, foi até a residência do Sr. José Heitor, pai do conduzido Charles, juntamente com Fabiano, para entregar um leitão ao mesmo, ocasião em que chegou no local o indivíduo conhecido por 'Carioca', e começou a conversar com Charles sobre uma droga pertencente aos mesmos, ou seja, Charles e 'Carioca', ocasião em que a Polícia chegou ao local e fez a prisão de todos os presentes (Rony Cristiman da Rocha, às fls. 10) (sic).

Saliente-se que há na estória duas sacolas: uma sacola que "Carioca" trazia consigo e outra sacola vermelha que estava em poder de

Charles e que ele buscou tão logo chegou “Carioca”, provavelmente porque era momento de prestar contas das drogas que comercializava para aquele, sendo a mesma que a Polícia apreendeu no local, uma vez que “Carioca” fugiu, levando consigo a outra sacola.

O próprio réu assumiu perante os policiais que efetuaram sua prisão a propriedade da droga, inocentando os dois outros co-réus que foram absolvidos:

(...) Que a princípio os acusados negaram a posse da droga, dizendo que a droga estava no chão, que foi arrecadada; Que depois resolveram confessar; Que, os 03 acusados presos, os 03 primeiros, disseram que a droga apreendida era para uso próprio deles; Que, segundo os 03 primeiros acusados, o denunciado Oliveira da Silva, o Carioca, seria a pessoa que teria levado a droga até o local e vendido para os 03 primeiros denunciados (...) (José Alfredo Gregório, policial, condutor no flagrante, à fl. 136) (*sic*).

Que o depoente confirma suas declarações prestadas na fase de inquérito (...); que, juntamente com o condutor, viram quando os 04 acusados estavam fazendo partilha de substância tóxica e por isto deram voz de prisão a eles; (...); Que, após a prisão, Charles acabou assumindo a posse da droga apreendida dizendo que o acusado Oliveira havia levado a droga para ser entregue a ele sem dizer Charles que destino daria a droga; (...); Que, depois ficou sabendo que Carioca já havia tido envolvimento com a polícia, mas não ouviu dizer que seria ele envolvido com tráfico, porém no momento de sua fuga Carioca levou uma sacola que havia muita coisa dentro; Que, no momento em que viu os 04 acusados, e quando receberam voz de prisão, Carioca começou a pegar com as duas mãos o que havia dentro de uma sacola e colocar dentro de outra sacola; Que, portanto somente foi apreendida no local uma sacola; (...) Que, como já disse antes, na Delegacia de Polícia o acusado Charles assumiu que a droga era sua e que a havia recebido de ‘Carioca’, isentando os outros dois acusados... (Márcio Lopes da Fonseca, policial que participou da prisão, à fl. 138) (*sic*).

É certo que o apelado não foi preso fornecendo substância entorpecente a terceiros, mas

tal circunstância é irrelevante à caracterização do delito.

Na verdade, a conclusão a que se chega, depois do exame do acervo probatório, é que o apelado e o co-réu então foragido, “Carioca”, eram sócios no negócio escuso e juntos comercializavam a droga, cada qual proporcionando maior segurança ao outro.

Como é cediço, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente efetue a comercialização da droga. Basta que a possua, guarde, traga consigo, transporte ou a tenha em depósito, máxime em grande quantidade, circunstância evidenciadora da mercancia:

Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização (RT, 714/357).

Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido (RT, 729/542).

Ademais, não é apenas a quantidade de substância entorpecente que deve influir no julgamento, no caso bastante significativa, inclusive pela diversidade, mas o conjunto de fatores expressamente previstos no art. 37 da Lei nº 6.368/76.

Assim, diante de todas as circunstâncias que cercam o fato, é fácil concluir que a droga apreendida, estava sendo comercializada clandestinamente, sendo evidente que não se pode negar a condição de traficante ao agente que mantém em seu poder tal quantidade e variedade de drogas.

Conclui-se, portanto, que o réu praticou o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, e, por estar atuando em conjunto, também a causa especial de aumento do art. 18, III, primeira parte,

que pune a associação eventual para o tráfico, tipos segundo os quais foi condenado e com cuja condenação se conformou, renunciando expressamente a qualquer recurso.

O julgado colacionado é elucidativo:

O paciente foi condenado, não por haver vendido entorpecentes, mas sim porque, antes disso, portava a droga para o tráfico, o que justificou a diligência realizada pelos policiais. E essa conduta também configura o delito do art. 12 da Lei 6.368/76 (STF - HC 77.484-4 - Rel. Sydney Sanches - j. em 18.08.1998 - DJU de 26.03.1999).

Recurso do Ministério Público:

Como se disse, o Ministério Público apela limitadamente, pretendendo tão-somente que se elimine a possibilidade de progressão de regime de cumprimento, benefício concedido na respeitável decisão monocrática, pleiteando a mudança para o regime de cumprimento integral da pena em regime fechado.

Pedindo vênias ao Sentenciante, o provimento se impõe.

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 estabelece que, em se tratando de crimes hediondos, como o tráfico de drogas, a pena será cumprida integralmente em regime fechado, o que exclui qualquer possibilidade de progressão.

Vejamos alguns julgados:

A Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, ao estabelecer no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal, arts. 33-36 e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI) situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos - art. 5º, XLIII (STJ - RT, 745/527).

Regime prisional - Entorpecente - Tráfico - Constitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado - Disciplina da Lei 8.072/90, que não foi afetada pelo advento da Lei nº 9.455/97. - Constitucionalidade do regime integralmente fechado para o condenado por tráfico de entorpecente, não sendo afetada a disciplina da Lei nº 8.072/90 pelo advento da Lei de Tortura (Lei 9.455/97) (TJSP - RT, 767/565).

A matéria posta em análise já foi trazida tantas vezes a debates e está de tal forma pacificada nos tribunais pátrios que acabou sumulada neste egrégio Tribunal de Justiça, com a aprovação do Grupo de Câmaras Criminais:

Súmula nº 46: A Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) não revogou a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), razão pela qual não cabe progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, exceto o de tortura (unanimidade).

Ante tais elementos dou provimento ao recurso ministerial para estabelecer que a pena corporal da condenação seja cumprida integralmente em regime fechado, mantendo quanto ao mais intocada a bem-lançada decisão condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Armando Freire - Senhor Presidente. Estou de acordo, apenas com ressalva do impedimento quanto à progressão da pena.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Senhor Presidente. Também ressalvo a possibilidade de o réu pessoalmente desistir do recurso, contra a vontade do seu defensor.

No mais, acompanho o Relator.

Súmula - À UNANIMIDADE, HOMOLOGARAM A DESISTÊNCIA DO RÉU E DERAM PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
