

referente à associação eventual. Decotação. Recurso da defesa parcialmente provido. Regime de cumprimento de pena integralmente fechado. Impossibilidade. Regime declarado inconstitucional pelo STF. Recurso da acusação não provido.

- Se as provas constantes dos autos são suficientes para comprovar o tráfico ilícito, não há que se falar em absolvição dos acusados.

- Válidos são os depoimentos dos policiais quando, prestados sob compromisso, apresentam-se harmônicos e coerentes com outros elementos e circunstâncias colhidos dos autos.

- Se as circunstâncias judiciais não são de todo desfavoráveis aos acusados, a pena-base deve tender para o mínimo legal, nos termos da Súmula nº 43 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG.

- Se demonstrado na certidão de antecedentes criminais que o acusado fora condenado com decisão transitada em julgado, imperativa a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso I, do CP.

- A pena prevista no art.18, III, da Lei nº 6.368/76 deverá ser decotada da condenação, já que entrou em vigor, no dia 8 de outubro de 2006, a nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), que, expressamente, revogou as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02, não prevendo tal figura delitiva.

- Declarada inconstitucional a norma que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e equiparados, deve-se fixar o regime em inicialmente fechado.

Recursos parcialmente providos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.06.334742-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1ª) Tiago Augusto da Silva, Marcus Vinícius da Silva, 2ª) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Tiago Augusto da Silva, Marcus Vinícius da Silva, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

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, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA

**Tráfico de entorpecentes - Testemunha -
Declaração de policial - Valoração da prova -
Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias
judiciais - Agravante - Reincidência - Associação
eventual para o tráfico - Causa de aumento -
Inaplicabilidade - Crime hediondo - Cumprimento
da pena - Regime inicial fechado**

Ementa: Apelação criminal. Tóxicos. Tráfico. Insuficiência de provas. Não-ocorrência. Depoimento harmônico dos policiais. Validade. Condenação mantida. Pedido de redução da pena-base. Não-cabimento. Reincidência. Reconhecimento. Lei 11.343/06. Nova Lei de Tóxicos. Ausência de previsão da causa de aumento de pena

DEFESA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 10 de janeiro de 2008. - José Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Pela r. sentença de f. 108/113, Tiago Augusto da Silva e Marcus Vinícius da Silva foram condenados como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c/c 18, III, todos da Lei nº 6.368/76, com penas corporais fixadas, respectivamente, em 7 anos e 8 meses de reclusão, e 6 anos e 8 meses de reclusão, com cumprimento no regime inicial aberto. Tiago e Marcus viram-se, ainda, condenados, respectivamente, ao pagamento de 132 (cento e trinta e dois) e 92 (noventa e dois) dias-multa, com valor unitário de 1/30 do salário mínimo.

Inconformados, tanto os recorrentes quanto o Ministério Público interpuseram recurso de apelação.

A defesa dos acusados requer, preliminarmente, que seja anulado o processo por não ter sido nomeado curador no interrogatório dos acusados, haja vista que possuíam, à época, menos de 21 anos. Outrossim, pleiteia a nulidade da sentença por falta de fundamentação na fase de fixação das penas. No mérito, pugna pela absolvição dos acusados por insuficiência de provas, especificamente, pela ausência da materialidade. Eventualmente, caso sejam as condenações mantidas, pugna pela redução da pena imposta (f. 124/134).

Por sua vez, o Ministério Público pugna pela reforma da sentença apenas para que seja fixado o regime integralmente fechado de cumprimento de penas impostas aos acusados (f. 136/143).

Contra-razões foram devidamente apresentadas pelo Ministério Público (f. 144/156) e pela defesa dos acusados (f. 158/160).

A d. Procuradoria manifestou-se pelo conhecimento dos recursos, pelo não-provimento do da acusação e pelo parcial provimento do da defesa, apenas, para decotar das penas impostas aos recorrentes, a causa de aumento descrita no inciso III do art. 18 da Lei 6.368/76 (f. 165/171).

Conheço dos recursos, presentes os requisitos de admissibilidade.

Decido.

Examino, primeiramente, o recurso da defesa, por ser ele prejudicial quanto ao do Ministério Público.

A meu aviso, a primeira preliminar argüida pela defesa, no sentido de que o processo deva ser anulado por não ter sido nomeado curador aos acusados na instrução, tendo em vista a idade de ambos, não merece guarida.

Com o advento do novo Código Civil de 2002, a maioria passou a ser atingida aos 18 anos, não mais

aos 21 anos previstos no antigo Diploma Civil de 1916, tendo essa alteração alcançado a esfera penal.

Não bastasse o teor da Súmula 352 do STF, preconizando que "não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo", os acusados já estavam assistidos por advogado constituído, nos termos do APFD de f. 09/13.

Assim, tem-se que nenhum prejuízo fora causado aos acusados, os quais tiveram defesa devidamente elaborada, com atuação combativa do douto advogado nomeado desde a fase de inquérito policial.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Tratando-se de nulidade relativa, a ausência de curador exige a demonstração de prejuízo, o que não restou evidenciado (REsp 163.912-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ de 14.2.2000).

No mesmo sentido: REsp 123.768-BA; HC 8916-SP; REsp 139.266-DF e HC 74.176-SP; HC 74.721-SP (STF).

De mais a mais, a nomeação de curador ao réu menor de 21 anos tinha por justificativa a necessidade de suprimento da vontade do então menor, que, por ser relativamente incapaz, não podia responder sozinho a processo, conforme pontuado pela jurisprudência que se segue:

A função do curador é complementar à vontade do réu, relativamente incapaz para decidir sozinho sobre seus próprios atos (STF - RTJ 103/993).

O novo Código Civil passou a vigorar em janeiro do ano de 2003. O fato ocorrido se deu em setembro de 2006, sendo que os interrogatórios aconteceram em 6 de dezembro de 2006. Portanto, não há como afastar a plena capacidade dos acusados, então com vinte anos, para serem interrogados judicialmente, sem a presença de curador nomeado.

No que concerne à anulação da sentença, por falta de fundamentação na fase de fixação de penas, melhor sorte não assiste à defesa.

De uma breve leitura da sentença, especificamente das f. 111/113, observa-se que o MM. Juiz analisou todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tendo demonstrado, de forma clara, a necessidade das reprimendas.

Com tais considerações, rejeito as preliminares argüidas.

Passo à análise do mérito.

Verifica-se que, no dia 16 de setembro de 2006, por volta de 16h, policiais militares, em patrulhamento de rotina pelas ruas do Bairro São Sebastião, no Município de Juiz de Fora, lograram êxito em apreender com os acusados R\$ 155,00 em dinheiro, 10 gramas de cocaína acondicionadas em pequenos invólucros plásticos e 155,60 gramas de maconha, sob a forma de tablete prensado.

A materialidade do delito restou devidamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante de delito

(f. 09/13), boletim de ocorrência (f. 06/11), auto de apreensão (f. 22), pelos laudos de constatação (f. 25) e toxicológico definitivo (f. 30/31).

A autoria também se encontra provada, tendo em vista o conjunto probatório produzido quer na fase administrativa, quer na fase judicial.

O policial condutor Terceiro Sargento Marcos Aurélio de Almeida detalha, sob compromisso, como fez, juntamente com outros policiais militares, a abordagem dos acusados, ou seja,

[...] que no período de meia hora que ficaram observando, que os acusados atenderam 4 ou 5 pessoas que passaram pelo local; que quando chegaram ao local os acusados estavam assentados no escadão, que a droga foi encontrada a cerca de 15 metros (f. 81).

No mesmo sentido são as declarações do soldado militar Fábio William Braga Pereira:

[...] que de onde os acusados estavam não tinha como ver a viatura, nem mesmo os policiais que estavam escondidos e com binóculo; que a abordagem foi feita por um lado, e os policiais por outro; que os acusados estavam assentados no escadão, que a droga foi encontrada a cerca de 12 metros (f. 82).

Por outro lado, os acusados, em momento algum, conseguem dar versão coerente e harmônica no sentido de não serem os proprietários da droga apreendida, nem acerca da origem do dinheiro encontrado em seu poder.

Na fase administrativa, no exercício da autodefesa, decidiram os acusados permanecer silentes, não esboçando qualquer tentativa de contestar as alegações da acusação. Igualmente em juízo, quando apenas negaram os fatos narrados na denúncia, sem, também, esboçar versão que desconstituísse as provas em que se funda o Ministério Público.

Ademais, a grande quantidade da droga apreendida estava acondicionada em papélotes individualizados, evidenciando a destinação mercantil da substância ilícita dos entorpecentes.

Portanto, diante de todas as provas carreadas aos autos e dos depoimentos harmônicos e coerentes dos policiais militares, a negativa isolada dos acusados em relação aos fatos não passa de frágil e inútil tentativa de enganar a Justiça, tudo com o intuito de se esquivarem da responsabilidade penal.

A propósito, sobre a validade do depoimento dos policiais, trago a lume lavra do voto em que fui Relator, acolhido à unanimidade por esta 2ª Câmara Criminal, *verbis*:

Merece crédito a palavra do policial que efetuou o flagrante e que, depondo sob compromisso, relatou, de forma coerente e firme, a forma como surpreendeu os acusados traficando significativa quantidade de entorpecente (TJMG. Apelação Criminal nº 000.258.531-3/00, j. em 09.05.2002).

Portanto, correta a condenação dos recorrentes quanto ao tráfico, não havendo que se falar em ausência ou insuficiência de provas.

Por outro lado, tenho que as penas impostas aos acusados devam ser reduzidas.

Todavia, não é em relação à fixação da pena-base, como tanto aduziu a defesa.

Como já antes analisado em sede preliminar, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP foram bem consideradas pelo MM. Juiz sentenciante ao definir a pena-base para os acusados, tendo o douto Magistrado observado a Súmula nº 43 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal, que diz: "se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender para o mínimo legal".

Já em relação à causa de aumento prevista na Lei 6.368/76, relativa à associação eventual, entendo que não deva incidir sobre as penas de ambos os acusados.

Isso porque, com o advento da Lei nº 11.343/06, nova legislação de tóxico, não foi acolhida a conduta antes indicada pelo art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, devendo-se, como dito, ser decotada a referida causa de aumento das penas impostas às recorrentes.

Considerando-se que a nova lei penal sempre retroage quando opera em benefício de um condenado; considerando que a nova lei que trata da questão dos tóxicos deu abrigo aos termos do antigo art. 14 da Lei 6.368/76, mas não fez o mesmo com a figura da "associação eventual" (art. 18, III), não tendo sido retratada ou tipificada na nova legislação, entendo que incabível é sua incidência sobre a reprimenda dos recorrentes, visto que não recepcionada pela nova legislação que combate a disseminação das drogas em nossa sociedade.

Portanto, decotada a referida causa de aumento de pena e mantida a reprimenda quanto ao mais nos termos da sentença, torno, em definitivo, as penas em 5 anos e 9 meses de reclusão para o acusado Tiago Augusto da Silva e 5 anos de reclusão para Marcus Vinícius da Silva.

Por fim, não procede a alegação defensiva no sentido de que o MM. Juiz reconhecera a agravante da reincidência mesmo sem ter prova idônea de tal circunstância em relação ao acusado Tiago Augusto da Silva.

De se ver, há na certidão de antecedentes criminais do acusado prova de que ele foi condenado, com trânsito em julgado no dia 14 de junho de 2005, pela prática de crime contra o patrimônio (f. 103/104).

Examinadas as teses da defesa, passo ao recurso do Ministério Público.

Insurge-se a acusação, apenas, para que seja imposto aos acusados o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

Tal pretensão não merece acolhida.

○ MM. Juiz muito bem fixou o regime inicialmente fechado, pois, ao tempo em que proferida a condenação, o Supremo Tribunal Federal já houvera declarado

a inconstitucionalidade do regime fixado na r. sentença, em decisão cuja aplicação deve ser imediata, conforme entendimento adotado em inúmeras decisões proferidas por nossos Tribunais.

Conquanto essa decisão tenha sido proferida no exercício do controle de constitucionalidade em concreto, o que imporia o efeito *inter partes* da decisão, há que se emprestar pronta aplicação a esse novo entendimento adotado pelo guardião maior da Constituição no País, até mesmo porque, segundo sustenta o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em abalizada lição, não se deve emprestar à publicação de ato pelo Senado Federal, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, um caráter substantivo, mas apenas de publicidade (cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 256/280).

Pelo exposto, julgo improcedente o recurso ministerial e parcialmente procedente o recurso da defesa, apenas, para decotar a causa especial de aumento de pena do art. 18, inciso III, da Lei 6.368/76, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HYPARCO IMMESI e REYNALDO XIMENES CARNEIRO.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

...