

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Processo na Origem: 199943000025690

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
RELATOR CONV. : JUIZ FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA
APELANTE : LUIS DE ALMEIDA CAVALCANTE FILHO (REU PRESO)
ADVOGADO : PAULO IDELANO SOARES LIMA E OUTROS(AS)
APELADO : JUSTICA PUBLICA
PROCURADOR : GUSTAVO MAGNO GOSKES ERIGGS DE ALBUQUERQUE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (RELATOR CONVOCADO): – LUIS DE ALMEIDA CAVALCANTE FILHO (fls. 716v e 721/724) recorre de sentença proferida pelo ilustrado Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia (fls. 641/669), para:

“(...) a) absolver o réu Josmar Gomes da Costa quanto ao delito tipificado no artigo 334, §§ 1º, alínea ‘d’, e 2º, do CP, nos termos do artigo 386, III, do CPP;

b) absolver o réu Luís de Almeida Cavalcanti Filho quanto ao delito tipificado no artigo 14 da lei 6368/76, nos termos do artigo 386, VI, do CPP;

c) condenar o réu Josmar Gomes da Costa pela prática dos delitos capitulados nos artigos 10 da lei 9437/97 e 16 da lei 6368/76, na forma do artigo 69 do CP;

d) condenar o réu Luís de Almeida Cavalcante Filho pela prática do delito capitulado no artigo 12 da lei 6368/76 (...)” (fls. 660/661).

Ausentes atenuantes, agravantes, causas de aumento e diminuição de pena, a sentença recorrida tornou definitiva a pena do condenado LUÍS DE ALMEIDA CAVALCANTE FILHO em **3(três) anos de reclusão e 50(cinquenta) dias-multa**, à razão de 1/10(um décimo) do salário mínimo, em regime integralmente fechado, sendo incabível qualquer substituição ou suspensão, já que se trata de crime hediondo. Indeferiu, também, o direito dos réus de apelar em liberdade e decretou a perda da arma apreendida e da munição, deixando, porém, de decretar a perda do veículo e do dinheiro igualmente apreendidos, “uma vez que não há prova de que tenha o primeiro sido utilizado regularmente para o fim de mercancia ilícita de entorpecente, bem como inexistente prova de que o dinheiro tenha sido angariado com a prática do tráfico de entorpecente” (fls. 667/668).

LUÍS DE ALMEIDA sustenta que não há nos autos provas materiais capazes de promover a condenação do réu; que a denúncia não foi clara o suficiente na demonstração da prática delituosa atribuída ao apelante, eis que o seu envolvimento se deu apenas pelo fato de no ato da prisão estar exercendo seu trabalho de motorista, transportando um viciado até o Município de Aliança/TO; que a investigação policial e a instrução processual foram incompletas, sem que fossem realizadas diligências para comprovar a responsabilidade do réu, sendo que as testemunhas de acusação são todos policiais, não devendo, pois, ser consideradas, e as testemunhas de defesa não reconheceram o recorrente como traficante e nem ao menos o conheciam; que, na operação da Polícia Federal, apenas o co-réu JOSMAR reconheceu o réu como traficante; que o simples fato de ter sido preso em outra ocasião não pode servir de fundamento para a condenação; que “o acusado é uma pessoa de idade avançada, de muita experiência na vida, ele não seria inocente de ser preso uma vez e posteriormente absolvido e aí sim virar traficante. Essa relação está totalmente contraditória. Portanto, o réu é inocente e não deve ser condenado” (fl. 723); que o Juízo **a quo** não consignou a conduta típica que o réu foi enquadrado, eis que o art. 12 da Lei 6.368/76 é muito genérico; que a participação do acusado é

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

mínima, limitando-se a levar o viciado para que realizasse a aquisição da droga; que o MPF não demonstrou com provas contundentes a autoria e a materialidade delitiva, impondo-se a absolvição do acusado; e que, analisando as provas dos autos, não se poderia exigir do apelante conduta diversa da realizada, o que afasta a culpabilidade necessária para a condenação, pois qualquer pessoa, na condição de motorista, teria levado o seu cliente à outra cidade. Requer, assim, a absolvição do apelante e o arbitramento dos honorários para o defensor dativo (fl. 724).

Contra-razões ao recurso, apresentadas pelo MPF, no sentido do não provimento da apelação (fls. 726/730).

Distribuído no TRF/1ª Região, em **20/03/2006**, ao Desembargador Federal Olindo Menezes (fl. 732).

A PRR/1ª Região opina pelo não provimento do recurso da defesa (fls. 734/737).

Em face da petição de fls. 739/740 – não obstante a manifestação ministerial pelo indeferimento do pedido (fls. 747/748) – o Relator, em 28/07/2006, determinou a entrega do veículo Santana, ano 1986, chassis 9BWZZZ32F9219614, ao requerente, ora apelante, haja vista que a sentença já transitara em julgado para a acusação (fl. 750).

Redistribuição do feito, em **23/04/2008** (fl. 762), em razão da posse do Desembargador Federal Olindo Menezes, no cargo de Corregedor-Geral desta Corte, para o biênio 2008/2010.

É o relatório.

Ao eminente Revisor (art. 287 do RI/TRF/1ª Região).

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Processo na Origem: 199943000025690

RELATOR(A) : DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
RELATOR CONV. : JUIZ FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA
APELANTE : LUIS DE ALMEIDA CAVALCANTE FILHO (REU PRESO)
ADVOGADO : PAULO IDELANO SOARES LIMA E OUTROS(AS)
APELADO : JUSTICA PUBLICA
PROCURADOR : GUSTAVO MAGNO GOSKES ERIGGS DE ALBUQUERQUE

V O T O

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (RELATOR CONVOCADO): – LUIS DE ALMEIDA CAVALCANTE FILHO, ora apelante – juntamente com JOSMAR GOMES DA COSTA e ERNANDO LAGUNA –, foi denunciado pelo Ministério Público Federal pelo crime previsto no artigo 12, **caput**, e 14, da Lei 6.368/76, em razão dos seguintes fatos, a saber:

“(…) Extrai-se dos autos de inquérito policial anexos, que o Departamento de Polícia Federal, em procedimento de busca e apreensão levado a efeito na cidade de Gurupi, estado do Tocantins, logrou apreender em poder do denunciado Josmar Gomes da Costa, mais propriamente interior de sua residência, situada na Rua Pedro Álvares Cabral, n. 1256, em Gurupi, um pacote envolto em plástico, de cor branca, contendo cerca de 45g (quarenta e cinco gramas) de cocaína; outro embrulho de plástico contendo 1,0g (um grama) também de cocaína; 01 (uma) mini balança; 01 (um) prato de acrílico; 01(um) revólver marca Taurus, calibre 38, série KE 31.882; 13 (treze) cartuchos calibre 38; 01 (um) cartucho calibre 32 intacto; 24 (vinte e quatro) litros de Whisky importados; R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) em espécie; cheques, extratos bancários e alto-falantes, conforme positivam o auto de apresentação e apreensão de fls. 19/20 e o laudo de exame toxicológico de fls. 75/76.

A quantidade de bebidas apreendidas deixou demonstrado que o acusado Josmar Gomes da Costa, conforme suas próprias palavras, adquiria, em proveito próprio, mercadorias de procedência estrangeira, desacompanhadas de documentação legal, com vista ao exercício de atividade comercial a partir de sua residência.

A prisão de Josmar Gomes da Costa levou a Polícia Federal, como se verá, a desmontar intensa rede de traficantes, todos operantes a partir do município de Gurupi, e que envolvia, inclusive, um Delegado e Agentes da Polícia Civil local.

De fato, ao ser preso, Josmar Gomes da Costa, demonstrando ser contumaz fornecedor de cocaína na região, informou à Polícia que por diversas vezes adquiriu a substância entorpecente da pessoa de Ermano Laguna, mediante a intermediação do seu comparsa Luis de Almeida Cavalcante Filho, também conhecido pela alcunha de ‘Luis Cabelo de Bicho’.

Na ocasião, sem maiores constrangimentos, Josmar Gomes da Costa relatou que a operação para a compra da droga - objeto do apuratório -, que envolveu a quantia de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), e a intermediação de Luis de Almeida Cavalcante Filho, ocorreu na cidade de

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Aliança do Tocantins, para onde ambos se dirigiram utilizando o veículo VW Santana, de propriedade deste último.

Quando a queda dos traficantes Josmar Gomes da Costa, Luis Almeida Cavalcante Filho e Ernando Laguna parecia por fim a investigação criminal instaurada, novo depoimento colhido deste último trouxe elementos relatando o envolvimento das pessoas de Genésio Floriano de Oliveira, Wesley Bezerra de Medeiros, do Delegado de Polícia Civil Wallace Pimentel e dos Agentes de Polícia João Martins de Oliveira, Arnô Borges Parrião e Doriedson Aiala de Souza, todos, ao que consta, indiciados nos autos de inquérito policial n. 225/98-SR/DPF/TO, encaminhados ao Juízo Criminal da Comarca de Gurupi.

É nesse ponto que se revela a figura de Ernando Laguna. Traficante de drogas e recém saído da prisão, novamente é ele quem entra em cena. Conhecedor de todo o submundo da droga, relacionado com poderosos traficantes, Laguna viajava constantemente a Cáceres, no Mato Grosso, para buscar cocaína.

De posse da droga, cabia-lhe efetuar sua distribuição para pontos pré-determinados, onde, após ser retalhada em papélotes, era finalmente revendida.

Na derradeira vez, antes de ser interceptado pela Polícia, buscou, em Cáceres, 1,5 Kg (um quilograma e meio) da droga. Vendeu-a a Genésio Floriano, pessoa a quem encarregava de, a partir de um bar denominado 'Do Pernambuco', em Gurupi, distribuí-la a outras traficantes e também a viciados. Encontra-se preso desde 03 de dezembro do corrente, quando distribuía a droga em papélotes a pessoa de Wesley Bezerra de Medeiros. Em data de 01 de dezembro do corrente, portanto 02 (dois) dias antes da prisão de Genésio Floriano e de Wesley Bezerra de Medeiros, Luis Almeida de Carvalho Filho e Josmar Gomes da Costa, como mencionado, dirigiram-se até a cidade de Aliança do Tocantins para a compra da droga. Ocorre que para lá também acorreram o Delegado de Polícia Civil Wallace Pimentel e os Agentes João Martins de Oliveira, Arnô Borges Parrião e Doriedson Aiala de Souza.

É nesse instante que surge a maior surpresa: o Delegado Wallace Pimentel e seus Agentes de Polícia, ao invés de cumprirem com a obrigação de lei, reprimirem o tráfico de entorpecentes, apropriaram-se da droga e de dinheiro, praticando crime de concussão e provavelmente outros delitos.

Ex positis, o Ministério Público Federal, pelo procurador da República signatário, denuncia os acusados:

A) JOSMAR GOMES DA COSTA, pela prática do crime de descaminho, consistente na aquisição, em proveito próprio, visando ao comércio, de 24 (vinte e quatro) litros de whisky importados, todos desacompanhados de documentação legal; por manter em depósito um revólver calibre 38, marca Taurus, sem a devida autorização legal; pela prática do crime de venda de substância entorpecente (cocaína), produto capaz de causar dependência física e psíquica, sem autorização legal; e por associar-se a terceiros com a finalidade de praticar a venda de substância entorpecente. Em assim procedendo, incorreu nas sanções do art. 334, § 1º, alínea "d", e 2º, do Código Penal; art. 10, caput, da Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997; arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, estes c/c. o art. 1º e ss. da Lei n. 8.072, de 15 de julho de 1990; todos c/c. os arts. 69 do Código Penal, 1º e ss. da Lei n. 8.072, de 15 de julho de 1990.

B) LUIS DE ALMEIDA CAVALCANTE FILHO, pela prática do crime de venda de substância entorpecente (cocaína), produto capaz de causar

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

dependência física e psíquica, sem autorização legal, na condição de partícipe (intermediação); e por associar-se a terceiros com a finalidade de praticar o tráfico de substância entorpecente. Em assim procedendo, incorreu nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, c/c. o 29 do Código Penal, e, ainda, nas penas do art. 14 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976; todos c/c. os arts. 69 do Código Penal, 10 e ss. da Lei n. 8.072, de 15 de julho de 1990.

C) ERNANDO LAGUNA, pela prática do crime de venda, em duas ocasiões, de substância entorpecente (cocaína), produto capaz de determinar dependência física e psíquica, sem autorização legal; e por associar-se a terceiros com a finalidade de praticar a venda de substância entorpecente. Em assim procedendo, incorreu nas sanções dos arts. 12 (duas vezes) e 14, ambos da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, estes c/c. os arts. 69 do Código Penal, 1º e ss. da Lei n. 8.072, de 15 de julho de 1990. (...)" (fls. 03/06).

A denúncia foi recebida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins em **23/12/1998** (fl. 96), tendo sido o feito desmembrado em relação ao co-réu ERNANDO LAGUNA, eis que, citado por edital, não compareceu ao interrogatório, nem foi nomeado defensor, o que redundou no processo de nº 1999.43.00.000855-0, consoante, aliás, bem esclarece a sentença à fl. 642.

Considerando a conexão instrumental do feito com processos em trâmite na Comarca de Gurupi/TO, foram reunidos os autos perante o Juízo da Seccional de Tocantins (fls. 373/378), o qual, entretanto, declinou da competência em relação ao crime de tráfico de entorpecentes e de porte de arma (fls. 523/547). Irresignado, o MPF recorreu para este TRF/1ª Região, que firmou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação, em acórdão, transitado em julgado em 18/02/2002, cuja ementa restou assim concebida:

“PROCESSUAL PENAL – CONEXÃO DE CRIMES: JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL – COMPETÊNCIA – SÚMULA 122 DO STJ – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.

1. *‘Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal.’ (Súmula 122 do STJ)*

2. *Em havendo, como há na espécie, identidade do auto de prisão em flagrante e da dilação probatória, inclusive testemunhas, e sendo possível a conexão entre crimes de competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, deve-se prevalecer a competência especial da Justiça Federal prevista na Constituição.*

3. *Recurso em sentido estrito provido.*

4. *Peças liberadas pelo Relator em 20/11/2001 para publicação do acórdão.” (RcCr 1999.01.00.070105-4/TO, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 3ª Turma, unânime, DJU de 25/01/2002).*

Ora, uma vez estabelecida a competência, não mais há de se retroceder, mesmo quando não comprovada a prática do ilícito (descaminho) que determinara a competência federal, a teor do disposto no art. 81 do CPP, **verbis**:

“Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos”.

Assim, ainda que absolvido o réu, em relação do crime federal, a competência – fixada inicialmente – sustenta-se até o final, em relação aos demais delitos (Súmula 122/STJ), como no presente caso.

Apreciando o recurso, vale anotar que, diversamente do defendido pela defesa, a denúncia, acima transcrita, descreve a conduta dos acusados, discriminando a participação de cada réu no evento delituoso.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem proclamado que a denúncia deve apresentar a narrativa dos fatos criminosos e as suas circunstâncias, de modo a permitir o exercício da defesa pelos acusados. Na espécie, sem ser extremamente detalhada, a denúncia evidencia a participação de cada co-réu no delito, reservando-se, porém, a melhor averiguação das condutas para o curso da instrução criminal. Confirmam-se alguns precedentes:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. CONCURSO DE AGENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO MINUCIOSA DAS CONDUTAS. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO EM FAVOR DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA CONCRETA À LIBERDADE DO PACIENTE.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é uma medida excepcional, somente cabível em situações, nas quais, de plano, seja perceptível o constrangimento ilegal.

2. No caso, os fatos narrados na denúncia levam à indicação dos delitos de formação de quadrilha e roubo circunstanciado, além da demonstração dos indícios de autoria, de forma suficiente deflagrar a persecução penal, decorrendo, assim, de seus próprios termos a justa causa para a ação penal.

3. Nos crimes de ação conjunta é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que a exordial narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa, restando, pois, reservado para a instrução criminal o detalhamento mais preciso de suas condutas. Precedentes desta Corte.

4. Não havendo ameaça concreta à liberdade de locomoção do Paciente não se justifica a expedição de salvo conduto em seu favor.

5. Recurso desprovido.” (RHC 22519/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJe de 03/11/2008)

“HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ROUBO. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO EVIDENCIADA. DESCRIÇÃO DOS FATOS DE FORMA A VIABILIZAR O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. INDIVIDUALIZAÇÃO PORMENORIZADA DAS CONDUTAS QUE PODE SER FEITA NO CURSO DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. EXCESSO DE PRAZO. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PEDIDO PREJUDICADO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INTEGRADA POR

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

AGENTES POLICIAIS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. A superveniência de sentença penal condenatória, torna sem objeto o presente **Habeas Corpus**, na parte em que se questionava o excesso de prazo para formação da culpa.

2. **Admite-se a denúncia geral, em casos de crimes com vários agentes e condutas ou que, por sua própria natureza, devem ser praticados em concurso, quando não se puder, de pronto, pormenorizar as ações de cada um dos envolvidos, sob pena de inviabilizar a acusação, desde que os fatos sejam delineados de forma clara, para permitir o amplo exercício do direito de defesa. Precedentes do STJ.**

(...) *Ordem denegada, em que pese a manifestação contrária do MPF*” (HC 89905/SE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, DJe de 07/04/2008).

Do que se depreende da referida denúncia, os acusados tinham conhecimento dos fatos que a cada um eram imputados, de modo que poderiam exercer plenamente o seu direito de defesa, não havendo que se falar em inépcia da peça acusatória.

De outro lado, da instrução criminal, observa-se que a materialidade do delito restou devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 09/22), pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 26/28), pelo Laudo de Exame Preliminar de Constatação/Cocaína (fl. 30) e pelo Laudo de Exame em Substância/Cocaína (fls. 82/84).

Em relação à autoria concernente ao ora apelante – LUÍS DE ALMEIDA –, a sentença recorrida assim discorreu, **in verbis**:

“(…) Luís de Almeida Cavalcante Filho

As considerações gerais sobre a materialidade do delito de tráfico de entorpecente, assim como a necessidade de apreciar-se unicamente a conduta, tecidas por ocasião da apreciação do delito capitulado no artigo 16 da lei 6368/76, servem ao momento que se nos apresenta.

A prova testemunhal colhida no feito em análise guarda a peculiaridade de se referir também a outra apreensão de cocaína que redundou no oferecimento de outra denúncia, consoante mencionado na inicial.

No caso em análise, é imputada ao réu em epígrafe, a conduta de ter intermediado a compra de cocaína do primeiro denunciado junto ao terceiro, consoante mencionado à fl. 04.

Durante o interrogatório, na fase policial, o primeiro denunciado afirmou que teria adquirido a cocaína do terceiro denunciado, mediante a intermediação do segundo denunciado, o qual teria conduzido o primeiro réu para aquisição do entorpecente, conforme fls. 15/16.

Já em Juízo afirma Josmar Gomes da Costa que fora conduzido pelo denunciado Luis de Almeida até a cidade de Aliança/TO, onde Luis promoveu a compra da cocaína junto a Laguna – terceiro denunciado.

O que se tem como certo é o fato de que primeiro e segundo denunciados se dirigiram juntos para a cidade de Aliança/TO, bem como o fato de que a cocaína fora encontrada na casa do primeiro réu.

Na fase policial o réu Luis de Almeida Cavalcante Filho afirma que não se dirigiu com Josmar até a cidade de Aliança no dia 1º de dezembro de 1998, somente o tendo encontrado na casa do primeiro réu para tratar da mercancia de uma motocicleta.

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Afirmou também, na fase inquisitorial, que não mantinha relação de amizade com o primeiro réu, tudo conforme fl. 18.

Já em Juízo reconhece que conduziu o primeiro denunciado até Aliança/TO onde o primeiro réu se encontraria com o terceiro-denunciado. Muda, assim, completamente a descrição de sua conduta.

Josmar Gomes da Costa é claro ao indicar Luis de Almeida Cavalcante Filho como seu fornecedor de cocaína.

A forma como a intermediação se dava é de somenos importância, uma vez que o segundo réu tanto podia adquirir a cocaína e a repassar ao primeiro réu, como simplesmente recebê-la do terceiro réu e a entregar ao primeiro.

Tanto uma como outra conduta implicaria no fornecimento de cocaína ou mesmo facilitação do tráfico, o que impõe a tipificação da conduta no artigo 12 da lei 6368/76.

Também em Juízo o réu Luis de Almeida Cavalcante Filho confirma seu envolvimento com o tráfico de substância entorpecente, informando que um dia após se dirigir até Aliança/TO, para levar o primeiro réu, recebeu um telefonema do terceiro denunciado (Ernando Laguna), oferecendo-lhe 390 gramas de cocaína.

Teria então o réu Luiz de Almeida, segundo afirma, recusado a proposta, mas aceitado conduzir Ernando Laguna até Gurupi/TO, para que não circulasse de ônibus com a cocaína.

Ao chegar para transportar os 390 gramas de cocaína foi preso juntamente com Ernando Laguna e 'liberado' pela polícia civil, o que redundou em outro feito.

Ainda que se dê crédito às palavras do réu Luiz de Almeida, não é crível que alguém que, segundo afirma, não tinha envolvimento com tráfico, receba uma ligação de Ernando Laguna oferecendo-lhe 390 gramas de cocaína.

De igual sorte não é crível que, em não tendo qualquer envolvimento com Ernando Laguna e com o tráfico, Luiz de Almeida se dispusesse a conduzir Ernando Laguna com a cocaína para Gurupi/TO.

Ainda no interrogatório em Juízo, fl. 133, o réu Luiz de Almeida reconhece que já fora preso em decorrência de envolvimento com tráfico de entorpecente.

Tem-se que:

a) o primeiro réu afirma que adquiriu a cocaína do segundo réu, tendo ambos se dirigido até Aliança/TO, onde Luis de Almeida pediu que o primeiro réu aguardasse e foi buscar o entorpecente;

b) Luis de Almeida afirmou inicialmente que não fora até Aliança/TO com Josmar Gomes da Costa, mas posteriormente se retratou e confirmou tal fato.

A prova testemunhal, de igual sorte, confirma que havia acompanhamento da movimentação na casa de Josmar Gomes da Costa, visando cumprimento de um mandado de busca e apreensão, bem como que primeiro e segundo réus saíram por volta de 18 horas do dia 1º de dezembro de 1998.

Consoante se lê no flagrante, os policiais José Roberto Lopes Caúla, Altamiro Modesto da Silva Filho e Washington Eduardo Borges visavam cumprir um mandado de busca e apreensão, havendo conhecimento de que o segundo denunciado era traficante.

Também a testemunha Jonas Carvalho Dourado, fls. 257 e seguintes, informa que participou das diligências, inclusive do cumprimento do

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

mandado de busca na casa do primeiro réu, sendo conhecedor da reputação de traficante do segundo réu. Também confirma que quando da prisão do réu Luis de Almeida estava ele com o réu Ernando Laguna, denotando, mais uma vez, a ligação de ambos.

A apreensão da droga na casa do primeiro réu foi também relatada pela testemunha Altamiro Modesto da Silva Filho às fls. 263 e seguintes.

Ricardo Belmonte, ouvido às fls. 271 e seguintes, também confirma as informações de que o segundo réu seria traficante.

O Delegado da Polícia Federal, José Roberto Lopes Caúla, ouvido às fls. 342 e seguintes descreve os dois fatos (o atinente ao feito em exame e o relativo ao envolvimento de policiais civis).

Relata também que foi promovida a acareação entre os dois primeiros réus, tendo o primeiro confirmado que adquirira cocaína do segundo, malgrado tenha apresentado temor em relação ao segundo réu em dado momento de sua oitiva.

Indica também que a cocaína apreendida no caso em exame não era da mesma qualidade da cocaína apreendida no inquérito em que se apurava o envolvimento de policiais civis.

As testemunhas Rogério Monteiro da Silva, fl. 402, Celso Ikejiri, fl. 403, e Aldeni Gomes da Costa, fl. 404, Raimunda Nonato Glória, fl. 405, Amíltes Laguna da Fontoura, fl. 466, Joaquim Batista de Oliveira Júnior, fl. 491, nada sabem sobre os fatos atinentes ao segundo réu analisados no presente feito.

O que não se deve olvidar é que o crime de tráfico de substância entorpecente é um delito de natureza clandestina. Nunca é praticado ao olhar atento das multidões. Pelo contrário, sua força está em esconder-se na clandestinidade.

Formam um conjunto probatório sólido a indicar a prática do delito tipificado no artigo 12 da lei 6368/76 pelo réu Luis de Almeida Cavalcante Filho:

- a) a confissão do réu Josmar Gomes da Costa, indicando Luis de Almeida Cavalcante como seu fornecedor de entorpecente;*
- b) a confirmação de Luís de Almeida de que efetivamente conduziu Josmar no dia 1º de dezembro de 1998 até Aliança/TO, onde o primeiro réu buscava adquirir entorpecente;*
- c) a reputação do segundo réu como traficante e sua prisão por envolvimento com tráfico em outras oportunidades.*

Josmar recebeu a cocaína de Luis de Almeida.

Não há, porém, prova segura de que Luis de Almeida tenha adquirido a cocaína de Ernando Laguna, como destaca o próprio Delegado da Polícia Federal, José Roberto Lopes Caúla, ouvido às fls. 342 e seguintes, até porque a cocaína apreendida com o primeiro réu era pura e a que trata do envolvimento de policiais civis (outro feito), de propriedade de Ernando Laguna, não tem a mesma composição (...)" (fls. 654/660).

Vale transcrever a manifestação do MPF, da lavra do Procurador da República, dr. Gustavo Magno Goskes Briggs de Albuquerque, em contra-razões, que, sobre a culpabilidade do apelante, assim se pronunciou, **in verbis**:

"(...) Improcedentes as alegações do recorrente.

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Primeiro porque logrou o Ministério Público Federal demonstrar a participação do recorrente no crime de tráfico de entorpecentes na condição de partícipe.

A prova carreada aos autos não deixa dúvidas quanto ao envolvimento do condenado, que na própria peça recursal admite ter 'participação mínima' no fato delituoso, e tendo sido ainda o mesmo delatado por seus comparsas, como se pode inferir dos trechos a seguir:

Depoimento de JOSMAR GOMES DA COSTA (fls. 167/169):

(..) "QUE o depoente tinha vários fornecedores de cocaína, sendo o principal deles Luiz Cabelo de Bicho (...) QUE o depoente confirma que, no dia 01.12.98, comprou a cocaína apreendida em sua residência, sendo que Luiz Cabelo de Bicho pegou o depoente por volta das 18:00 horas e se dirigiram para Aliança, no santana de Luiz, e naquela cidade Luiz mandou que o depoente aguardasse, relatando-lhe que comprou a droga de Laguna, que lá esperava Luiz debaixo de um pé de pequi" (..)

Termo de reinquirição prestado por Ernando Laguna (fls.50/51):

(...) " QUE tratou a com LUIS CABELO DE BICHO uma vez que LUIS queria arranjar comprador para cerca de 390g (trezentos e noventa gramas) de um total de 890 (oitocentos e noventa gramas) de cocaína que o inquirido tinha em seu poder; (..) QUE estando tratada com LUIS a entrega de 390g (trezentos e noventa gramas) de COCAÍNA para aquela ocasião, tão logo se aproximou do veículo do LUIS, foi abordado por uma equipe de policiais civis, fato confirmado pelo próprio LUIS e pela maneira da abordagem, eis que se intitulavam policiais; (...) QUE terminada a 'operação policial', o grupo exerceu toda a sorte de pressão sobre sua pessoa e a de LUIS, dizendo que estariam 'quebrando o galho' de ambos não os prendendo em flagrante e ameaçando-os de morte caso 'abrissem em o bico', tudo sempre explicado por LUIS que era o melhor negócio para ambos.; QUE confirma de que LUIS e JOSMAR estiveram em Aliança no dia 01/12/98, Terça-feira, procurando pelo reinquirido com a finalidade de adquirir COCAÍNA para JOSMAR, sendo que o reinquirido não foi encontrado pelos mesmos, uma vez QUE, em razão da chuva, não saíra de casa e LUIS não sabe onde o reinquirido está morando; QUE a presença de LUIS e JOSMAR em Aliança foi informada pelo próprio LUIS na data de ontem , pouco antes da abordagem dos policiais civis;" (...)

Consta dos autos laudo de exame em substância (fls. 82/84) atestando que o material arrecadado pelos policiais apreendido em poder de JOSMAR GOMES DA COSTA tratava-se da substância entorpecente cocaína.

Materialidade e autoria restaram plenamente provadas, uma vez configurada a conduta descrita no artigo 12 da lei 6.368/76:

"Art. 12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

Constata-se, portanto, refutada a tese de ausência da prova e da inexigibilidade de conduta diversa.

Ademais, a alegação de que o MM. Juiz não disse na sentença qual a conduta típica na qual foi o réu enquadrado, em razão de ser o artigo 12 da Lei 6.368/76 ser genérico, também não merece prosperar.

A sentença foi clara, não sendo o artigo 12 genérico, bastando a verificação de qualquer uma das condutas nele descritas para que esteja configurado o crime.

Merecem menção os seguintes trechos da sentença, que demonstram com clareza a prática do crime previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76 pelo recorrente:

(...) A forma como a intermediação se dava é de somenos importância, uma vez que o segundo réu tanto podia adquirir a cocaína e a repassar ao primeiro réu, como simplesmente recebê-la do terceiro réu e a entregar ao primeiro.

Tanto uma como outra conduta implicaria no fornecimento de cocaína ou mesmo facilitação do tráfico, o que impõe a tipificação da conduta no artigo 12 da lei 6.368/76.’(...)

(...) ‘Formam um conjunto probatório sólido a indicar a prática do delito tipificado no artigo 12 da lei 6368/76 pelo réu Luis de Almeida Cavalcante Filho:

- a) a confissão do réu Josmar Gomes da Costa, indicando Luis de Almeida Cavalcante como seu fornecedor de entorpecente;
- b) a confirmação de Luís de Almeida de que efetivamente conduziu Josmar no dia 1º de dezembro de 1998 até Aliança/TO, onde o primeiro réu buscava adquirir entorpecente;
- c) a reputação do segundo réu como traficante e sua prisão por envolvimento com tráfico em outras oportunidades.’ (...)” (fls. 727/730).

Ora, diante da afirmação do co-réu JOSMAR, tanto na fase policial (fls. 15/16) quanto em Juízo (fls. 167/169), claramente apontando LUÍS DE ALMEIDA como fornecedor da substância entorpecente, não logrou o apelante apresentar qualquer versão satisfatória e suficiente para eximi-lo de qualquer responsabilidade penal, consoante bem observado pela sentença recorrida e pelo MPF em suas acusações. A contradição entre os depoimentos do réu – primeiramente, perante a autoridade policial, não admitindo a ida à cidade de Aliança/TO, em companhia de JOSMAR, e a inexistência de amizade com o mesmo, e, depois, já em Juízo, reconhecendo que fez a aludida viagem a Aliança/TO com o co-réu – reforça a versão apresentada por JOSMAR, a qual se revela mais convincente e harmoniosa com o contexto fático.

Além disso, também como já visto, a admissão pelo próprio réu da ligação com LAGUNA, que teria feito uma proposta de tráfico de drogas (fl. 132) – a qual o apelante diz que recusou –, corroborado pelo reconhecimento de que já foi preso por tráfico (fl. 133) e o depoimentos dos policiais que realizaram as diligências no caso, são aspectos que demonstram o envolvimento do apelante com o evento criminoso.

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Segundo a jurisprudência deste TRF/1ª Região, os depoimentos dos policiais – que testemunharam a saída do apelante, no dia anterior ao flagrante, com JOSMAR, bem como a sua prisão em companhia de LAGUNA e ainda a reputação de traficante de drogas (fls. 257/274 e 342/346) – podem ser utilizados como meio de prova, desde que estejam com consonância com o conjunto probatório. Confira-se:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. MOEDA FALSA E RECEPÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA DE MULTA REFORMADA.

1 - É válido testemunho prestado por agente policial, não contraditado ou desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoia do conjunto probatório. Precedentes.

(...) IV - Apelo parcialmente provido.

(ACR 2006.38.02.001052-8/MG, Rel. Juiz Federal Convocado Cesar Jatahy Fonseca, Terceira Turma, unânime, e-DJF1 de 31/07/2009, p.22)

“PROCESSO PENAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, INCISO I, DA LEI Nº 6.368/76. DESCAMINHO. ART. 334, 'D' DO CP. CONCURSO MATERIAL. ART. 69 DO CP. DELITO DE ASSOCIAÇÃO. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL VÁLIDO. MAJORAÇÃO CONSTANTE NO INCISO I, DO ART. 18 DA LEI 6.368/76 CARACTERIZADA. DOSIMETRIA DA PENA CORRETAMENTE MOTIVADA. PROGRESSÃO DE REGIME RECONHECIDO. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CONCEDIDA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O depoimento do agente policial é válido como meio de prova, pois está em conformidade com as demais provas trazidas aos autos.

(...) 10. Apelações parcialmente providas.

(ACR 2005.38.00.000326-0/MG, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, Quarta Turma, unânime, e-DJF1 de 02/06/2009, p. 236)

“PENAL. DESCAMINHO. CIGARROS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS. VALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

(...) 3. O depoimento de agente policial não se desqualifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado, sobretudo quando tais depoimentos se encontram em harmonia com os demais elementos existentes nos autos.

4. Apelação improvida.

(ACR 2006.30.00.000770-0/AC, Rel. Juiz Federal Convocado Ney de Barros Bello Filho, Quarta Turma, unânime, e-DJF1 de 27/06/2008, p.80)

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGOS 12 E 18, INCS. I E III, DA LEI 6.368/76. INTERNACIONALIDADE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO CONFIGURADAS. PROVA INDICIÁRIA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE.

1. (...)

3. Os depoimentos dos agentes de polícia, quando corroborados por outros elementos probatórios, valem como prova. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (HC 70237, DJ 08/04/94 p. 228, STF - 1ª Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso)

(...)" (ACR 2004.32.01.000167-2/AM, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, unânime, DJU de 17/08/2007, p.10)

Ante as provas coligidas, não há como negar a responsabilidade do apelante na empreitada criminosa, em face de indícios veementes de sua autoria. Os indícios constituem inequívoco meio de prova e "têm a mesma eficácia probante de qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento" (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, in "A prova por indícios no processo penal", São Paulo: Saraiva, 1994). Na definição contida no art. 239 do CPP, indício é a "circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Os indícios, quando concatenados, tendo a mesma eficácia probatória dos demais meios de prova, podem autorizar, indubitavelmente, um provimento condenatório, conforme ensina Mirabete (in Processo Penal. São Paulo: Atlas, p. 318).

A constatação de que o apelante era facilitador para aquisição da droga afasta qualquer alegação de inexigibilidade de conduta diversa. Em que pese a configuração da materialidade e da autoria, alega-se, como excludente de ilicitude ou de antijuridicidade, o fato de ser motorista em serviço – seu "meio de sobreviver" (fl. 723) –, levando JOSMAR, seu suposto cliente, até a cidade de Aliança/TO, sem que pudesse evitar a aquisição da droga pelo co-réu.

Ora, "a causa supralegal de exclusão da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa só se configura em situações **excepcionalíssimas** (...)" (TRF/2ª Região: ACR 2007.51.01.812388-4, Rel. p/ acórdão Liliane Roriz, 2ª Turma, por maioria, DJU de 17/04/2009, p. 239), não havendo "(...) falar, sem efetiva demonstração, em coação moral irresistível ou inexigibilidade de conduta diversa. O ônus da prova, no processo penal, incumbe à parte que alega o fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, cabendo, portanto, à defesa demonstrar a ocorrência efetiva de causas excludentes do crime ou de pressuposto para imposição da pena" (TRF/2ª Região: ACR 2001.02.01.023647-8/, Rel. Des. Federal Sérgio Feltrin Correa, 2ª Turma, unânime, DJU de 15/01/2002), mormente, como no caso dos autos, em que todas as circunstâncias fáticas, como visto, demonstram o amplo envolvimento do apelante na traficância, não se justificando a conduta do réu que poderia ter agido de maneira honesta e não criminosa.

De outro lado, todos os que de qualquer modo concorrem para o crime incidem nas penas para ele cominadas na medida de sua culpabilidade, nos termos do art. 29 do Código Penal. Daí anotar Júlio Fabrinni Mirabete: "O concurso de pessoas pode dar-se por ajuste, instigação, cumplicidade, auxílio material ou moral, execução, etc, e em qualquer etapa do **iter criminis**, ou seja, na cogitação (determinação, induzimento, ajuste), nos atos preparatórios, nos atos de execução e mesmo durante a consumação nos crimes permanentes e habituais". E ainda aponta o doutrinador, no tema, entendimento do Supremo Tribunal Federal que assim leciona: "(...) 'O CP, ao tratar de concurso de pessoas, prevê as figuras do autor, co-autor e partícipe, podendo, assim, ser parte legítima na ação 'quem, de qualquer modo, concorre para o crime' (art. 29 do CP), ainda que não pratique o núcleo do tipo' (RT 735/541 e JSTF 205/321)"¹.

¹ "Código Penal Interpretado", 5ª edição, Atlas, págs. 288/289.

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

É evidente a participação do apelante no delito, eis que tanto a conduta de intermediação, quanto a de aquisição da droga e repasse a terceiro, implicam no fornecimento de cocaína e facilitação do tráfico – conforme conclui a sentença recorrida a fl. 656 –, crime tipificado no art. 12 da Lei 6.368/76, vigente à época dos fatos.

Ademais, o fato de o réu reconhecer ter sido preso anteriormente por tráfico de drogas (fl. 133) somou-se aos motivos expostos pelo Magistrado **a quo**, no intuito de demonstrar o envolvimento de LUÍS DE ALMEIDA, conhecido como “Luís Cabelo de Bicho”, no crime, não sendo utilizado, ao contrário do que aduz o apelante, como único fundamento para a condenação.

Portanto, a sentença condenatória, por todos os motivos expostos, deve ser mantida.

Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que o ilustre Juízo **a quo** bem analisou as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal², em **3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa**, à razão de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo (fls. 665/667), determinando, porém, o cumprimento da pena em **regime integralmente fechado** (fl. 667).

Neste tema, bem esclarecedor se mostra o voto proferido pelo eminente Ministro Jorge Mussi, do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 121.562/SC, no qual asseverou, **in verbis**:

*“(...) Verifica-se que, na escolha do sistema prisional, o egrégio Tribunal **a quo** asseverou acerca do **modus** carcerário fechado, tendo em vista a determinação da Lei n. 11.464/2007, que alterando o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, passou a reger de modo específico o tema, determinando que: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.”, o qual, segundo decidido, deve reger os fatos ocorridos antes de seu advento.*

*Todavia, esse não é o entendimento deste Tribunal, porquanto o regime mais gravoso apenas deve ser imposto aos crimes ocorridos **após o advento da nova redação da Lei dos Crimes Hediondos**, cabendo, aos demais, perpetrados em momento anterior, a determinação do sistema carcerária nos moldes estabelecidos no Código Penal, como se observa dos seguintes julgados:*

‘PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 214, c/c OS ARTS. 224, A, E 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME HEDIONDO (FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07). REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 (REDAÇÃO ORIGINAL) DECLARADA PELO STF.

I - O c. Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

II - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, **praticado antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07**, pode obter o direito à progressão de regime prisional ou, ainda, iniciar o cumprimento da

² Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

pena em regime diverso do fechado, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

III - Na hipótese dos autos, tendo em vista que o paciente restou condenado por delito praticado antes da vigência da Lei 11.464/07, inadequada a aplicação da referida Lei, a fim de estabelecer o regime inicial fechado para resgate da reprimenda.

Writ concedido."

(HC 111.070/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 23/03/2009) (grifou-se)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N.º 6.368/76. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, declarou inconstitucional o óbice contido na Lei n.º 8.072/90, que veda a progressão de regime prisional aos condenados pela prática dos crimes hediondos ou equiparados, sendo que, com a publicação da Lei n.º 11.464/07, restou afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

2. Descabida a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal.

3. Ordem parcialmente concedida para, afastando da condenação do Paciente a imposição do regime integral fechado, fixar o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente."

(HC 112.486/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 16/03/2009)

In casu, extrai-se dos autos que o crime de tráfico de entorpecentes foi perpetrado em 21-3-2007, pouco antes da vigência da novel legislação, sendo possível, portanto, ser firmado regime diverso do fechado (fls. 12).

Desse modo, tendo sido o encarceramento mais severo baseado na aplicação retroativa da referida legislação e não havendo qualquer especificidade que justifique a imposição de um maior gravame à liberdade do sentenciado, resta configurada a coação a que está sendo submetido, visto que na dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais foram apontadas favoráveis, a exemplo da primariedade, dos bons antecedentes e a reprimenda arbitrada no mínimo legal, o que demonstra a necessidade da supressão da ilegalidade indicada, porquanto não se pode admitir a manutenção do regime prisional considerando-se, tão-somente, a natureza e a reprovabilidade abstrata do delito perpetrado, ainda mais quando evidenciada a inaplicabilidade da lei que lhe dava suporte.

Esse é o entendimento da doutrina pátria, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código Penal Comentado:

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

"Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos 'circunstâncias e conseqüências do crime', previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do quantum da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime." (7ª edição, 2007, pp. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).

Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência da Suprema Corte, ao Sumular nos enunciados 718 e 719 o seguinte entendimento:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

De igual forma, é remansosa a posição deste Tribunal acerca do tema conforme se observa da leitura dos seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.434/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/1976 REVOGADA PELA LEI 11.343/2006. ABOLITIO CRIMINIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INTEGRAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. Evidenciado o trânsito em julgado da condenação antes da publicação da Lei n.º 11.343/2006, compete ao Juiz da execução "aplicar aos casos

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado", nos termos do art. 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais.

2. Como não foi mencionada na nova legislação a causa especial de aumento pela associação eventual de agentes para a prática dos crimes da Lei de Tóxicos, anteriormente prevista no art. 18, inciso III (parte inicial), da Lei n.º 6.368/76, resta configurada, na espécie, a **abolitio criminis** em relação a majorante.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, e após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, resta afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal e inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis ao réu - **que cometeu o crime antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007** -, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Afastado o óbice à progressão de regime consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/1976, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais, o qual também deverá decidir sobre o deferimento da substituição das penas, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal, e analisar a possibilidade de aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006." (HC 100.088/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2008, DJe 19/12/2008)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI 6.368/76). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). PENA CONCRETIZADA: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME ABERTO.

1. A teor da pacífica e remansosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional, inclusive quando se tratar de matéria criminal. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas previamente.

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

2. No caso, o Tribunal de origem não se pronunciou acerca da alegada inadequação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, nem foram opostos os necessários Embargos de Declaração a fim de suscitar a discussão da matéria. Carece, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.

3. As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à quantidade da pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semi-aberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

5. Parecer do MPF pelo não conhecimento do Agravo de Instrumento.

6. Agravo Regimental desprovido, concedendo-se **Habeas Corpus**, de ofício, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente."

(AgRg no Ag 979.212/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 01/09/2008)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 C/C O ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP.

III - "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

IV - Não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Writ concedido." (HC 67.481/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 26/03/2007 p. 268)

APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

Ante o exposto, concede-se a ordem para alterar o regime inicial do fechado para o aberto.” (STJ: HC 121.562/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, unânime, DJe 15/06/2009)

Dessa forma, “verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei nº 6.368/76, a previsão constante da Lei nº 11.464/07, a qual estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do **quantum** de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2º, do Código Penal” (STJ: HC 131.637/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, DJe 03/08/2009).

Portanto, tendo sido o crime praticado em **02/12/1998**, deve ser reconhecido ao réu não só o direito a progressão de regime, como também a sua fixação nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal. Sendo assim, tendo em vista a pena imposta, deve ser fixado **o regime inicial aberto** para cumprimento da pena, determinando-se, tendo em conta o tempo já decorrido, ao Juízo competente, no Primeiro Grau, que analise o cumprimento dos requisitos subjetivos, para que o réu seja colocado em regime menos rigoroso.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação para fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal, reconhecendo o direito à progressão de regime e determinando-se, tendo em conta o tempo já decorrido, ao Juízo competente, no Primeiro Grau, que analise o cumprimento dos requisitos subjetivos, para que o réu seja colocado em regime menos rigoroso.

É como voto.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
APELAÇÃO CRIMINAL 1999.43.00.002569-0/TO

fls.20/20