

Fato praticado anteriormente à vigência da Nova Lei de Tóxicos. Conflito de leis no tempo. Impossibilidade de combinação de leis, com a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343 sobre a pena cominada no artigo 12, caput da Lei 6.368/76. Aplicação por inteiro da lei penal que se revelar mais benéfica no caso concreto.

Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu/RJ

Processo nº 2006.038.044825-8

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, apresentado pelo Promotor de Justiça ao final assinado, vem, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro nos artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição da República, e no artigo 57 da Lei nº 11343/06, oferecer

ALEGAÇÕES FINAIS (MEMORIAIS)

Cuidam os autos de ação penal pública incondicionada, deflagrada em face de *Sandro Eugênio Ricardo* e *Rose Lourenço da Silva*, visando a apurar a prática, por ambos, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, presente a causa de aumento de pena relativa à associação eventual para o tráfico, pois:

“No dia 18 de agosto de 2006, por volta das 20h15min, na Praça Telemar, situada na Rua Baronesa de Mesquita, s/n, Mesquita, os Denunciados, consciente e voluntariamente, traziam consigo, de forma compartilhada, sob as pernas da Denunciada Rose Lourenço da Silva, para fins de tráfico, 21,4g de Cannabis Sativa L. (maconha), conforme laudo prévio de fl. 05, sem autorização legal ou regulamentar.

Consta dos autos, que os Policiais do flagrante, em policiamento de rotina, tiveram a atenção voltada para os Denunciados que se encontravam em atitude suspeita no local supra referido, conhecido como ponto de venda de entorpecente, sendo certo que, ao perceberem a aproximação dos milicianos, os Acusados ameaçaram empreender fuga, sem, contudo, obterem êxito.

Ato contínuo, os policiais procederam à revista pessoal nos Denunciados, encontrando, sob as pernas de Rose

Lourenço da Silva, que se encontrava sentada num banco da referida praça, a substância entorpecente descrita no laudo prévio distribuída em vinte e cinco saquinhos transparentes, bem como, em poder de Eugênio Ricardo, a quantia de R\$ 39,00 (trinta e nove reais) em espécie e um telefone celular, momento em que lhes foi dada voz de prisão, sendo todos encaminhados à Delegacia.

Saliente-se que os Denunciados acabaram por admitir aos Policiais, quando da abordagem, que de fato estavam vendendo drogas no local.” (denúncia – fls. 02-A/02-B)

Esta a breve panorâmica dos autos (art. 43, inciso III, da Lei n. 8625/93):

- Denúncia oferecida em 31/08/2006 – fls. 02-A/02-B;
- Laudo prévio da substância entorpecente apreendida – fl. 05;
- Auto de prisão em flagrante – fls. 08/09;
- Termos de declarações em sede policial – fls. 12/11;
- Registro de ocorrência – fls. 21/21;
- Interrogatório do acusado *Sandro Eugênio Ricardo* – fls. 33/35;
- Interrogatório da acusada *Rose Lourenço da Silva* – fls. 36/39;
- Laudo de exame definitivo de substância entorpecente – fl. 44;
- FAC de *Sandro Eugênio Ricardo* – fls. 50/52;
- Decisão de recebimento da denúncia – fl. 61;
- FAC de *Rose Lourenço da Silva* – fls. 66/68;
- Oitiva das testemunhas arroladas pelo MP – fls. 83/88.

I - Da Materialidade e da Autoria.

Finda a instrução criminal, a imputação formulada em face dos acusados revelou-se integralmente ratificada diante do mosaico probatório produzido em juízo.

No que tange à materialidade do delito ora em exame, dúvidas não há quanto à sua caracterização, já que esta ficou plenamente demonstrada mediante laudos prévio e definitivo de exame em substância entorpecente (fls. 05 e 44), os quais atestam a natureza ilícita do material apreendido, consistente em 21,4 (vinte e uma gramas e quatro decigramas) de erva seca e picada, identificada como *Cannabis sativa L.* (maconha), distribuída em 25 (vinte e cinco) pequenos sacos incolores.

No que diz respeito à autoria, os agentes policiais responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados prestaram em juízo depoimentos coerentes e uniformes no sentido de que os mesmos se encontravam efetivamente vendendo substância entorpecente no local, senão vejamos.

O policial militar *Márcio Alexandre da Conceição* afirmou que já havia uma delação anônima dando notícia de que um casal traficava na Praça Telemar,

em Mesquita, razão pela qual se dirigiu ao local mencionado para averiguar a veracidade da informação juntamente com seu colega, *Sérgio Mendes de Lima*. Ao chegarem à referida praça, os milicianos avistaram os acusados sob uma cobertura, sendo que, ao pararem a viatura para abordá-los, estes tentaram empreender fuga, mas foram de imediato abordados.

Após busca pessoal nos imputados, foi encontrado o material entorpecente apreendido no interior de um saco plástico, embaixo de uma mesa de pedra sobre a qual a acusada *Rose* se encontrava sentada, além da quantia de R\$ 39,00 (trinta e nove reais) em poder do co-réu *Sandro*. O referido agente policial ressaltou ainda em seu depoimento que, embora os imputados tenham inicialmente negado qualquer envolvimento com a atividade do tráfico, acabaram por admitir, logo em seguida, que realmente traficavam em conjunto no local, sendo a droga arrecadada de propriedade dos mesmos. Por fim, relatou que o imputado *Sandro* descreveu com detalhes como comprava a droga, sendo que este adquiria certa quantidade no bairro do Jacaré, dividindo uma trouxinha em várias outras para posterior venda (fls. 83/85).

Sérgio Mendes de Lima descreveu da mesma forma toda a dinâmica delituosa, narrando de igual forma que *“embaixo da cadeira onde a acusada estava foi encontrado um saco plástico contendo vários saquinhos de erva em seu interior”*. *Aduziu ainda que os imputados admitiram que estavam no local praticando, em conjunto, a venda de entorpecentes* (fls. 86/88).

Em oposição ao preciso e coerente relato dos milicianos, os acusados, por sua vez, limitaram-se a negar que estivessem juntos ou traficando no local, negando qualquer vinculação com o material entorpecente apreendido.

Assim sendo, as declarações dos imputados apresentam-se absolutamente divorciadas dos demais elementos de prova coligidos durante o curso da instrução criminal, não tendo sido sequer colhido o depoimento de alguma testemunha que confirmasse ao menos em parte a versão por eles apresentada.

Acresça-se ainda que os depoimentos de policiais não podem ser desacreditados, vez que se tratam de manifestações que, por serem emanadas de agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade, tendo força probante suficiente para lastrear uma sentença condenatória, não podendo ser atribuído às declarações destes valor menor do que aquele cominado para relatos emanados dos próprios envolvidos na empreitada criminosa, a não ser que sejam apresentadas provas suscetíveis de elidir tal presunção, o que não se verificou nos presentes autos.

Corroborando tal entendimento, assim já se manifestaram nossos Tribunais, *in verbis*:

“TJSP: “Não se pode presumir em policiais ouvidos como testemunhas a intenção de incriminar falsamente o acusado de prática de crime contra a saúde pública na modalidade

de tráfico de entorpecente por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição.” (RT 614/275)

TJRJ: *“O testemunho de policial, mesmo participante de diligência do flagrante, quando coerente e seguro, é tão válido como qualquer outro.” (RT 595/423)*

TJMG: *Os policiais não são proibidos de prestar depoimento nos processos de cuja fase policial tenham participado, seja efetuando a prisão do agente, seja apreendendo o objeto do crime. De outro lado, a declaração de inidoneidade é específica, e não genérica, não podendo abranger toda uma categoria de pessoas, devendo ser alegada e demonstrada em cada caso.” (RT 604/407)*

Considerando-se a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida, a sua forma de acondicionamento e as circunstâncias em que a prisão em flagrante se efetivou, resta clara a prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes, nos moldes do art. 12 da Lei nº 6368/76, além de também caracterizada a causa de aumento de pena prevista no artigo 18, III da Lei 6368/76, já que restou evidente que os acusados encontravam-se associados, no mínimo de forma eventual, para fins de traficância.

II – Da Incidência da Causa Especial de Diminuição de Pena do Artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Diante do advento da Nova Lei de Tóxicos (Lei 11343/2006), algumas observações devem ser feitas no tocante à correta tipificação do delito imputado aos acusados, sobretudo em razão da criação de uma nova causa especial de diminuição de pena, cuja aplicação certamente será sustentada pela aguerrida Defensoria Pública que atua perante este juízo.

Depreende-se da leitura comparativa entre o art. 12 da Lei 6368/76 e o art. 33, *caput* do novel diploma legal, que a pena mínima cominada para o crime de tráfico ilícito de substância entorpecente sofreu uma majoração, passando de três anos para cinco. Logo, a princípio, estaríamos diante de lei mais gravosa, que, como é cediço, não retroage para alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Ocorre que o mesmo artigo 33 prevê, no seu § 4º uma causa especial de diminuição de pena, que pode variar até dois terços, caso o agente seja primário, de bons antecedentes, e não se dedique à atividade delituosa e nem integre organização criminosa.

Compulsando os autos, verifica-se não haver qualquer prova no sentido de que os imputados integrem organização criminosa ou que se dediquem comumente à atividade delituosa, só havendo evidências quanto ao envolvimento destes no delito ora em apuração. Ademais, os mesmos são primários e de bons antecedentes, não constando qualquer anotação, de suas FACS (fls. 50/52 e 66/68).

Assim, embora a princípio o artigo 12 da Lei 6368/76 pareça ser mais benéfico para os réus em razão de sua pena mínima cominada ser inferior àquela prevista no artigo 33, *caput*, da Lei 11343/2006, na verdade, em razão da incidência da causa de diminuição do parágrafo 4º, a Nova Lei de Tóxicos passa a ser a mais benéfica, já que, em se aplicando tal redutor, a pena mínima pode chegar ao patamar de apenas vinte meses de reclusão.

Destarte, não obstante o fato criminoso em análise tenha sido perpetrado quando ainda da vigência da Lei 6368/76, como os acusados fazem jus ao benefício previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006, esta passa a ser a lei mais benigna (*lex mitior*), aplicando-se, portanto, retroativamente para incidir sobre os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, nos termos do artigo 5º, XL da Magna Carta.

Relevante questão a ser abordada, e que certamente será ainda objeto de acirrados debates em nossos Tribunais e na doutrina, diz respeito à possibilidade de combinação de leis penais, construção doutrinária esta que, caso admitida para o caso ora em análise, acabará por ensejar a aplicação da causa de diminuição supracitada sobre a pena prevista no artigo 12 da Lei 6368/76, resultando em sanção extremamente exígua para delito de tamanha gravidade.

Muito embora não possamos fechar os olhos para o fato de que a maioria da doutrina mais moderna admite tal combinação, até como um consectário lógico do postulado constitucional da aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, também é certo que todo raciocínio desenvolvido por tais doutrinadores toma por base hipóteses que muito diferem daquela trazida com o advento da Nova Lei de Tóxicos. Isto porque normalmente é dado como exemplo a conjugação de duas leis sucessivas no tempo que prevêm sanções penais diversas para o mesmo delito. Ocorre que a referida causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006 encontra-se vinculada ao *caput* do mesmo dispositivo legal, formando uma mesma equação legislativa, já que foi concebida tomando-se em conta a majoração da pena mínima para o patamar de cinco anos, não podendo retroagir isoladamente para incidir sobre a pena prescrita no *caput* do artigo 12 da Lei 6368/76, sob pena de violação do princípio constitucional da Separação de Poderes, já que o julgador, ao assim agir, estaria na verdade não escolhendo a lei mais benéfica ao caso concreto, mas sim criando uma terceira lei, arvorando-se em legislador.

Mais ainda: admitir tal combinação equivale não só a legislar, mas também a contrariar a própria vontade do legislador, este sim dotado de legitimidade democrática e porta-voz dos reclamos da sociedade, que, com a

nova Lei de Entorpecentes, pretendeu atribuir tratamento penal mais severo àqueles envolvidos na atividade de tráfico. Logo, ao aplicar-se retroativamente o novo dispositivo legal, deve-se fazê-lo por inteiro.

Chancelando o entendimento aqui esposado, o Supremo Tribunal Federal também rechaçou a possibilidade de combinação de leis penais, a saber:

*“STF: Os princípios da ultra e da retroatividade da **lex mitior** não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu” (JSTF 174/260).*

No mesmo sentido, adotando o raciocínio de aplicação por inteiro da lei mais benéfica no caso concreto, manifesta-se respeitável setor da doutrina, capitaneada por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, que assim leciona:

*“(...) De nossa parte, preferimos atualmente a posição intermediária, apontada por JIMÉNEZ DE ASÚA, baseando-se em VON LISZT, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam – a nova e a antiga –, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (*Lecciones de derecho penal*, p. 98-99). É também a posição adotada por CLAUS ROXIN (*Derecho Penal – Parte General*, t. I, p. 167-168) (...)”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.*

Portanto, em conclusão, sustentamos a condenação dos acusados, porém, com as devidas adaptações em função da entrada em vigor da Nova Lei de Tóxicos, a qual deve ensejar nova tipificação da conduta objeto da imputação, por ser, em linhas gerais, lei mais benéfica para o caso concreto ora em exame, condenando-os nas penas do artigo 33, *caput* e seu parágrafo 4º da Lei 11.343/2006.

Inquestionável, portanto, a responsabilidade (subjéctiva) penal dos imputados, a reclamar sua reprovação.

Confirmada a existência, *in casu*, de um *tipo de injusto* (é dizer, realização não-justificada de um tipo de crime), passa-se à sua valoração.

Presentes seus fundamentos, haja vista que os imputados tinham: a) capacidade geral de compreender e de querer as proibições ou mandados da

norma jurídica (*capacidade de culpabilidade*)¹; **b**) o conhecimento real ou possível da proibição concreta do tipo de injusto específico (*consciência real ou potencial da ilicitude*)²; e **c**) a normalidade das circunstâncias do fato (*exigibilidade de comportamento diverso*)³.

Por derradeiro, quanto à graduação da *pena*, o juízo de reprovação/censura que recai sobre os imputados aponta a inexistência de causas que o beneficiem, sendo certo, por outro lado, que a pena-base a ser fixada não deve afastar-se do mínimo legal, já que nenhum dos imputados apresenta anotações em sua folha penal.

III – *Do regime de cumprimento de pena e de sua substituição.*

Segundo dispõe o art. 2º da Lei nº 8072/90, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é assemelhado a hediondo, aplicando-se a ele, portanto, todas as restrições e peculiaridades previstas nesse diploma. Logo, no tráfico ilícito de entorpecentes não cabe anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. A pena privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado, em estabelecimento de segurança máxima. O livramento condicional apenas é possível após o cumprimento de dois terços da pena, se não houver reincidência específica em crime hediondo.

O cumprimento da pena em regime integralmente fechado não viola, em momento algum, o princípio da individualização da pena, a que se refere o art. 5, inciso XLVI, CRFB.

É dominante na jurisprudência do STF e do STJ o entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90, que impõe o

1. **A capacidade de culpabilidade é atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações ou orientar o comportamento de acordo com essa compreensão. A lei penal brasileira exige a idade de 18 anos como marco de desenvolvimento biológico mínimo para atribuir a capacidade de culpabilidade (art. 27, CP) – um critério cronológico empírico, mas preciso; complementarmente, a lei penal pressupõe indivíduos portadores de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, excludentes ou redutores da capacidade de compreender a natureza proibida de suas ações, ou de orientar o comportamento de acordo com essa compreensão (arts. 26 e parágrafo único, CP) – um critério científico controverso, por causa do conflito da psiquiatria sobre o conceito de doença mental”** (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 184).
2. **“... a teoria talvez dominante, representada por ROXIN, situa-se em posição intermediária, sob o argumento de que conhecer a danosidade social ou a imoralidade do comportamento seria insuficiente, e conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário: objeto da consciência do injusto seria a chamada antijuridicidade concreta, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendida no tipo legal respectivo, ou seja, o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto”** (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, pp. 198/199).
3. **“... o último estágio da pesquisa consiste no exame da normalidade/anormalidade das circunstâncias de realização do injusto típico por um autor capaz de culpabilidade, com conhecimento real ou possível da proibição concreta: circunstâncias normais fundamentam o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito”** (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 215).

cumprimento da pena integralmente em regime fechado. Não há ofensa ao apontado princípio constitucional, uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador ordinário a conferir tratamento mais gravoso aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e à tortura, não excluindo expressamente desse maior rigor a proibição da progressão de regime. Não consta em nenhum trecho do Texto Constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer disciplina mais severa para o cumprimento da pena em delitos considerados pelo próprio constituinte como de grande lesividade social.

“Habeas corpus’ – Condenação pela prática de crime hediondo ou de delito a este equiparado – Cumprimento da pena em regime integralmente fechado – Pedido indeferido.

O réu que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas – não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por efeito de norma legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Precedentes. Observância, no caso, do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, até que sobrevenha revisão da diretriz ainda prevalecente” (STF – HC 85805/SP – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª Turma – j. 30/08/2005 – v.u. – DJ 07/10/2005, p. 052)”

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, no âmbito do *Habeas Corpus* nº 82.959, concedeu ao respectivo paciente, condenado pela prática de crime hediondo, direito à progressão de regime, sob o argumento de que a norma inscrita no parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, seria inconstitucional, por ferir o princípio da individualização da pena.

Tal decisão, no entanto, foi proferida em caráter *incidenter tantum*, emanando, portanto, efeito *inter partes* tão somente, sendo certo que, para ter validade *erga omnes*, dependeria da providência prevista no artigo 52, inciso X, da CRFB, a qual não foi adotada, no caso, pelo Senado Federal, ou então ter sido proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Por conseguinte, não se encontram os magistrados e tribunais pátrios vinculados à mencionada decisão, podendo tal posicionamento vir a ser revisto, posteriormente, pelo próprio Pretório Excelso.

Releva, ainda, assinalar que, ao contrário da isolada decisão supracitada, tantos foram os precedentes desfavoráveis à progressão de regime nos crimes hediondos que, durante a sessão plenária de 24 de setembro de 2003, a Suprema Corte aprovou a súmula nº 698, abaixo colacionada, restringindo a incidência

do artigo 1º, § 7º da Lei 9.455/97 aos crimes de tortura, preservando, portanto, em relação aos demais crimes hediondos e a eles equiparados, a vedação à progressão do regime prisional:

“Súmula 698: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

Com efeito, resta claro que o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer, não só por ser o que melhor atende aos anseios da sociedade civil, bem como por se tratar de posicionamento que melhor se coaduna com uma interpretação lógico-sistemática da ordem jurídica constitucional.

Além disso, sendo imposto o regime integralmente fechado, inadequada a pretensão de ver aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante a lição de FERNANDO CAPEZ, *in verbis*:

“ (...) Entendemos que, mesmo que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a 04 anos, não será possível a sua substituição por pena alternativa, uma vez que, de acordo com o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, a pena nesses delitos deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, o qual é, por óbvio, incompatível com a pena alternativa, sem contar que dificilmente os autores desses crimes preencheriam os requisitos do art. 44, III, do CP, dado que a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime não indicariam a substituição por pena alternativa como suficiente a uma adequada resposta penal” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 4, São Paulo, Editora Saraiva, 2006).

Na mesma esteira já decidiu nossa Suprema Corte:

*“A Turma, por maioria, indeferiu **habeas corpus** em que se pretendia a substituição da pena privativa de liberdade imposta aos pacientes, condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, sob alegação de estarem presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP. Entendeu-se pela Lei 9.714/98 – aos crimes elencados ou equiparados a hediondo, tendo em vista a vedação de progressão do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, hipótese em que deve ser estabelecido o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.” (Informativo nº 374 do STF, relativo ao HC nº 84422, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em 14/12/2004).”*

Destarte, inconcebível a fixação no decreto condenatório de outro regime para cumprimento da pena privativa de liberdade que não seja o regime integralmente fechado, vedada, por via de consequência, a aplicação do artigo 44 da Lei Penal.

IV – Conclusão.

De todo o exposto, requer o *Ministério Público* a **procedência da denúncia**, tocantemente à figura do **art. 33, caput e seu parágrafo 4º** com os consectários da Lei nº 8072/90, com a consequente **condenação** dos imputados *Sandro Eugênio Ricardo* e *Rose Lourenço da Silva*, às penas legalmente previstas.

Nova Iguaçu, 24 de novembro de 2006.

AFONSO HENRIQUE REIS LEMOS PEREIRA
Promotor de Justiça