

Tráfico de drogas - Associação - Interceptações telefônicas - Prorrogações sucessivas - Possibilidade - Nulidade - Não ocorrência - Coautoria - Denúncia - Fatos narrados - Conduta de cada agente - Inexistência de particularização - Admissibilidade - Descrição sucinta - Cabimento - Inépcia - Inexistência - Inquérito policial - Fusão - Prova emprestada - Ausência - Autoria e materialidade - Prova - Condenação - Desclassificação do crime para os delitos dos arts. 28 ou 33, § 3º, da Lei 11.343/06 - Não cabimento - Organização criminosa - Causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 - Inaplicabilidade - Crime hediondo - Regime de cumprimento da pena inicialmente fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição por pena restritiva de direitos - Possibilidade

Ementa: Tráfico de drogas. Interceptação telefônica. Nulidade. Inexistência. Prorrogações sucessivas. Possibilidade. Complexidade do caso. Denúncia. Inépcia. Descrição sucinta da conduta. Cabimento. Prova emprestada. Ausência. Fusão de inquéritos policiais.

Prova suficiente. Condenação mantida. Desclassificação para os crimes dos arts. 28 ou 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06. Não cabimento. Aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Corréus integrantes de organização criminosa. Regime prisional. Abrandamento. Impossibilidade. Crime hediondo. Substituição da pena. Possibilidade.

- Não se há de falar em nulidade de interceptações telefônicas feitas com autorização judicial e prorrogadas, dada a complexidade dos delitos, de forma fundamentada.

- Em se tratando de vários acusados, admite-se que na denúncia os fatos sejam narrados sem a particularização da conduta de cada agente, remetendo-se para a instrução criminal a apuração detalhada de cada ação criminosa.

- Não há que falar em prova emprestada se, na verdade, houve fusão dos inquéritos policiais e ofertou-se apenas uma denúncia, englobando os fatos neles apurados.

- Diante de elementos cabais de prática dos atos ilícitos, descritos na denúncia, configuradores dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, é de se confirmar a condenação dos acusados pela prática dos referidos crimes, não se podendo falar, portanto, em absolvição ou desclassificação.

- Não se tem como aplicar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 a corréus que integram organização criminosa.

- O regime prisional, no caso de crime hediondo, é o inicialmente fechado.

- Se a ré possui bons antecedentes e é primária e se as circunstâncias do caso concreto em relação a ela não se revestem de especial gravidade, há que se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0166.09.024624-9/001 - Comarca de Cláudio - Apelantes: 1º) M.R.F.R., 2º) S.E.A., 3º) J.P.A.S., 4º) J.E.F. - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: V.G.S. - 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, sob a Presidência do Desembargador José Antonino Baía Borges, 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 1º RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AOS DEMAIS. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2011. - José Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - A r. sentença de f. 1.144/1.222 condenou os seguintes réus, pela prática dos seguintes crimes, às seguintes penas:

M.R.F.R.:

- crime do art. 33 c/c §4º da Lei nº 11.343/06: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semi-aberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

S.E.A.:

- crime do art. 33 c/c art. 40, VI, ambos, da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa;

- crime do art. 35 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06: 3 (três) anos e 6 (seis) de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 815 (oitocentos e quinze) dias-multa;

J.P.A.S.:

- crime do art. 33 c/c art. 40, VI, ambos, da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa;

- crime do art. 35 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06: 3 (três) anos e 6 (seis) de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 815 (oitocentos e quinze) dias-multa;

J.E.F.:

- crime do art. 33 c/c art. 40, VI, ambos, da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa;

- crime do art. 35 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06: 3 (três) anos e 6 (seis) de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 815 (oitocentos e quinze) dias-multa.

Todos os réus acima apelaram da decisão, apresentando suas razões recursais, onde requereram:

- M.: a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. Alternativamente, pediu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 1.301/1.308);

- S.: em preliminar, arguiu a nulidade do feito, em razão de não ter tido acesso à gravação da interceptação.

tação telefônica antes da prolação da sentença. No mérito, pediu sua absolvição, em face da ausência de prova da materialidade. Aduz, ainda, que a denúncia e a sentença não apontam a conduta típica a ele imputada, além de insuficientes as provas. Alternativamente, pediu sua absolvição em relação ao crime de tráfico de drogas, diante da ausência de prova da materialidade, mantendo-se a condenação apenas pelo delito de associação. Por fim, pugnou pela exclusão da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, porque não comprovado que tenha ele se associado a qualquer menor, fixando-se a pena mínima (f. 1.372/1.384).

- J.P. e J.E.: em preliminar, arguiram a inépcia da denúncia, em razão da não individualização das condutas, alegando, ainda, a ausência de prova da materialidade, decretando-se o trancamento da ação penal. Arguiram, também, a nulidade da sentença em razão da ausência de materialidade. Arguiram, afinal, a nulidade do processo, pautado em provas ilícitas e em prova emprestada irregular. No mérito, pediram sua absolvição quanto aos delitos de tráfico e associação, em face da insuficiência de provas. Caso contrário, se mantida a condenação, que seja apenas pelo tráfico privilegiado - § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 -, absolvendo-os do crime de associação pelo motivo retromencionado, fixando-lhes o regime aberto. Requereram, ainda, a concessão do *sursis* ou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Por fim, não sendo acolhidas quaisquer das teses anteriores, que seja, então, decotada a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, nem sequer descrita na denúncia, fixando-se o regime inicial semiaberto (f. 1.473/1.552 e 1.554/1.626).

Contrarrazões às f. 1.405/1.416, 1.392/1.404 e 1.669/1.720, opinando pela confirmação da sentença, em todos os seus termos.

A d. Procuradoria manifestou-se pelo não provimento dos recursos.

Conheço dos recursos.

De início, registro que o corréu F.D.F. também apelou da decisão; no entanto, veio a falecer posteriormente, sendo declarada extinta a punibilidade (f. 1.237 e 1.736).

O feito foi desmembrado em relação a V.G.D. (f. 1.737-v.).

O corréu M.R.R.M. foi absolvido.

Como os apelos se mostram, de certa forma, pelo menos, entrelaçados, passo a examiná-los simultaneamente.

Preliminares.

I - Nulidade da interceptação telefônica.

Examino, primeiramente, a preliminar de nulidade das interceptações telefônicas, suscitada por todos os recorrentes, exceto M.

Ao exame dos autos, verifica-se que as interceptações telefônicas foram produzidas a partir da devida

autorização judicial, motivada, inicialmente, pela notícia de prática habitual do crime de tráfico de drogas pelo réu J.E.

No curso do procedimento em questão, surgiu a suspeita de associação entre J.E. e F.D.F., sendo requerida e autorizada a interceptação telefônica em relação a este também.

Ao longo das investigações descobriu-se que J.E. havia mudado seu número de telefone, sendo, então, deferida a quebra de sigilo do novo número, o que também ocorreu em relação a F.

É fato que tais interceptações foram prorrogadas por várias vezes, o que não macula a prova produzida, em razão da absoluta necessidade da investigação, dada a quantidade de pessoas envolvidas e a complexidade do caso.

Registre-se, ainda, as manobras dos investigados para dificultar as investigações, pois, desconfiados de estarem sendo monitorados, mudaram de número telefônico, o que pode se constatar, das próprias transcrições telefônicas, onde há vários diálogos nesse sentido.

Tudo isso justifica a prorrogação da medida, visando a garantir o sucesso das investigações.

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

Habeas corpus liberatório. Estelionato contra a previdência social. Formação de quadrilha. Interceptações telefônicas e prorrogações autorizadas por decisões fundamentadas. Indispensabilidade para as investigações. Quadrilha estável e articulada voltada para a fraude na concessão de benefícios previdenciários. Prisão preventiva. Indícios de autoria e prova da materialidade do delito. Garantia da ordem pública e da instrução criminal. Ameaça às testemunhas. Integridade da prova. Necessidade de desmantelamento do grupo, que, mesmo após a prisão de alguns investigados, continuava a delinquir. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. Ausente, *in casu*, irregularidade no deferimento das interceptações telefônicas pelo Juízo Federal, que justificou suficientemente a imprescindibilidade da medida para o sucesso das investigações, que cuidava de apurar a atuação de quadrilha estável e estruturada especializada em fraudes na obtenção/concessão de benefícios previdenciários. As decisões de prorrogações, de igual, encontram-se suficientemente fundamentadas, e objetivaram, principalmente, identificar todos os envolvidos na prática dos referidos delitos e revelar por inteiro o *iter* criminoso.

2. Reveste-se de razoabilidade o tempo de duração das interceptações (aproximadamente 1 ano), pois intrincadas as relações estabelecidas, além de expressivo o número de pessoas envolvidas.

3. A legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes.

4. A constrição cautelar dos pacientes encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e na con-

veniência da instrução criminal, tendo em vista a necessidade do desmantelamento de complexa organização criminosa instalada por vários anos na agência do INSS, de modo a cessar a prática de tais delitos, que continuaram a ser praticados mesmo após a prisão de alguns dos investigados, a demonstrar a propensão delitiva. Apurados, ainda, fatos concretos de ameaças às testemunhas, destacando-se a possibilidade de sumiço ou alteração da prova, dado o poder de influência de diversos investigados, alguns membros da elite política local, o que torna imperiosa a segregação preventiva também por conveniência da instrução criminal.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

Em outro sentido não é a decisão deste Tribunal de Justiça, proferida na Apelação Criminal nº 1.0701.03.040966-1/002, de que foi Relator o eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel (julgamento dia 4.9.2007).

Assim, justificadas foram as prorrogações feitas.

Ainda quanto às interceptações realizadas, não é necessária, para autorização do procedimento em questão, a instauração prévia de inquérito policial, pois a Lei 9.296/96 exige apenas que haja indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, o que foi perfeitamente demonstrado pela autoridade policial quando de seu requerimento.

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Interceptação telefônica. Nulidade. Não ocorrência. Excesso de prazo da instrução criminal. Feito complexo. Pluralidade de réus. Prisão preventiva. Fundamentação inidônea. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Vedação. Ordem denegada.

I - Inexiste nulidade na determinação de interceptação telefônica anteriormente à instauração do inquérito policial em hipótese na qual há suficientes elementos indicativos da participação dos pacientes na prática dos delitos imputados, obtidos após prisão em flagrante de membro da organização criminosa.

II - Desde que devidamente fundamentada, não há irregularidade nas sucessivas prorrogações da interceptação telefônica por novos prazos de quinze dias.

III - Hipótese de processo que tramita regularmente, tendo sido retardado apenas em parte, em virtude da complexidade do feito, tendo em vista a pluralidade de réus e a necessidade de expedição de cartas precatórias, diligências sabidamente demoradas, bem como pela observância ao procedimento e às formalidades legais. Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se o breve atraso no andamento do processo-crime, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, não estando configurada, portanto, flagrante ilegalidade.

IV - A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, a simples menção aos requisitos legais da segregação, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados aos pacientes não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

V - A despeito da fundamentação deficiente da decisão que decretou a prisão preventiva, esta deve ser mantida em virtude da vedação ao direito de liberdade provisória aos acusados pela prática do delito de tráfico de drogas.

VI - Deve prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Turma no sentido da existência de vedação expressa à concessão do benefício aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, uma vez que, embora o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.384/RS, tenha se manifestado pela existência de repercussão geral, a questão constitucional ainda não foi dirimida (Precedentes).

VII - Ordem denegada. (STJ - 5ª Turma - HC 170429 - DJe de 21.02.2011.)

Por fim, aduzem as defesas que não tiveram acesso aos autos referentes às interceptações telefônicas antes da prolação da sentença, o que não tem qualquer fundamento.

Como bem destacado pelo Ministério Público em suas contrarrazões, os autos de interceptações telefônicas não foram apensados aos principais por razões práticas, ou seja, para facilitar o manuseio destes, que possuem oito volumes.

Além disso, constata-se destes autos que, desde o início da ação penal, as defesas tiveram livre acesso às transcrições, conforme f. 536, sem se olvidar de que foram elas mencionadas por diversas vezes nos autos, como por exemplo na denúncia, no pedido de prisão cautelar, dentre outros.

Importante salientar que o próprio apelante S., que arguiu a nulidade em exame, mencionou as transcrições em suas alegações finais, nas quais, em momento algum, se insurgiu quanto a tal questão.

Rejeito a preliminar.

II - *Inépcia da denúncia*.

Os apelantes J.P. e J.E. alegam que a denúncia é inepta, pelo menos com relação a eles, porque não descreveu, de modo suficiente, a conduta a eles imputada.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não é inepta a denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ - RHC 17523-PE - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJU de 22.08.2005 - p. 305).

Nesse sentido, a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, in *Código de Processo Penal interpretado*, 2. ed.:

O crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa (p. 89).

No caso dos autos, a denúncia descreveu, de modo suficiente, a conduta imputada aos apelantes, possibilitando o necessário conhecimento da acusação e a devida defesa.

Rejeito a preliminar.

III - *Irregularidade da prova emprestada.*

Insurgem-se os apelantes, exceto M., quanto ao pensamento dos autos nº 0166.09.024623-1 e 0166.09.024222-2, aduzindo serem inadmissíveis tais provas emprestadas, uma vez que se trata de procedimentos já arquivados e estranhos aos presentes autos.

Entretanto, analisando os referidos apensos, verifica-se que tratam eles dos mesmos fatos narrados na denúncia e, como bem examinado pelo d. Juiz sentenciante, em decisão proferida na audiência de instrução e julgamento, à qual me reporto (f. 730), não há qualquer óbice ao aproveitamento deles como prova emprestada.

Frise-se que os réus tiveram livre acesso aos autos apensos, o que também foi destacado pelo d. Magistrado, não sendo necessária a intimação da defesa do apensamento.

Assim, afasto a preliminar.

Mérito.

Todos os apelantes alegam que não há prova que permita a condenação.

O réu J.E.F. negou as práticas delituosas, afirmando ser apenas usuário, mesmo assim, eventual. Quanto aos corréus, disse conhecê-los superficialmente, dizendo: que conheceu J.P. da cidade de Cláudio/MG, sendo que já fizeram algumas “farras” juntos. A respeito do corréu F., disse conhecê-lo pouco, não obstante tenha ele morado perto de sua casa, isso porque trabalhava o dia todo. Em relação à M., afirmou que tiveram um relacionamento amoroso por cerca de um mês, ressaltando que usavam drogas juntos. No que tange ao corréu S., disse tê-lo conhecido na cadeia, quando de suas prisões em razão da “Operação Carcará”, assegurando que nunca o tinha visto antes, nem ouvido falar de seu envolvimento com drogas. Acrescentou que ficou surpreso com a prisão de S.E., porque o “S.” de quem adquiria drogas é gordo e tem um Monza preto, destacando que ele reside em Divinópolis e trazia o entorpecente para fornecê-lo na cidade de Cláudio. Informou que sempre comprou entorpecente na cidade de Cláudio, não precisando se deslocar para fazer tal aquisição. Destacou que comprava a quantidade necessária para usar em uma noite, ou seja, entre dez e vinte gramas. Ressaltou que não se recorda da pessoa de “R.” ou que tivesse recebido ligações deste. Assegurou que não comprava droga por rateio, nem pedia a outros usuários que a adquirissem para ele, esclarecendo que “é cada um por si”, pois os usuários não confiam um no outro, ficando com medo de fornecer o dinheiro para aquisição do entorpecente e serem enganados. Informou que, depois de reatar com sua esposa, no final de 2008, não fez uso de droga, nem teve mais contato com seu fornecedor “S.”. Confirmou que, ao comprar cocaína de “S.”, perguntava-lhe se a medida viria certa, quando tomou conhecimento de que uma colher de sopa normal equivale a dez gramas da

droga. Quanto à sua confissão em sede policial, inicialmente, disse que o policial “E.” leu suas declarações no computador e lhe deu apenas a última folha para assinar. No entanto, ao lhe serem apresentadas todas as folhas que continham suas declarações devidamente assinadas, afirmou que não se recordava de ter assinado todas as vias, destacando que não teve acesso a elas para leitura, mas somente para assiná-las (f. 779/782).

Em sede policial, o réu J.E. confessou que no ano de 2008 realmente estava traficando droga; no entanto, no período em que foi preso (09.06.2009), já havia parado de comercializar tal substância ilícita. Informou que adquiria o entorpecente que comercializava de fornecedores das cidades de Divinópolis e Nova Serrana. Esclareceu que tinha contato com os fornecedores apenas por telefone, sendo que eles deixavam a droga em um mato, na entrada do “Povoado do São Bento”, onde também ele deixava o pagamento referente ao produto adquirido. Ressaltou que vendia apenas cocaína. Quanto ao corréu J.P., vulgo X., disse que, certa vez, ele lhe deu uma carona até a “zona”, onde o deixou e foi em direção à cidade de Itapeçerica/MG, no entanto assegurou que nunca lhe pediu carona para comprar drogas, nem fornecia a ele tal substância. Informou que o indivíduo alcunhado “B.”, com o qual manteve alguns diálogos, segundo consta das transcrições telefônicas, é um grande amigo seu, da cidade de Itaguara/MG, mas não sabe dizer se ele é usuário ou traficante. Informou, ainda, que conhece a pessoa de “R.”, que era seu fornecedor na cidade de Divinópolis. Ressaltou que certa vez, o “R.” foi a Cláudio/MG, para fazerem um acerto, ocasião em que mentiu para ele, dizendo que estava preso (f. 114/116).

A par disso, têm-se as transcrições telefônicas, em especial, às f. 138/142, 144/150, 152/157, 159/161, 163/175, 178/179, 181/188, 318, 320, 333/334, 336, 344, 347/348 e 354, que revelam, de forma contundente, seu envolvimento no tráfico de drogas.

A confissão extrajudicial aliada às transcrições acima destacadas demonstra, com clareza, o intenso comércio de drogas praticado pelo apelante J.E. e seus comparsas, sendo ele, ao que parece, o líder da organização criminoso.

Não obstante a negativa do corréu João Paulo, isolada nos autos, a autoria em relação a ele também restou comprovada, assim como a função que desempenhava na organização, tendo em vista suas declarações extrajudiciais, que encontram respaldo nas transcrições vistas às f. 138/142, 152/153, 166, 183 e 186, que evidenciam sua participação na organização criminosa.

Cumpra registrar que, em sede policial, o corréu J.P. delatou J.E. afirmando ser ele traficante, esclarecendo que adquiria dele entorpecente, por telefone. Disse, também, que por diversas vezes, em troca de droga ou

mesmo por dinheiro, levou o corréu J.E. até o trevo de Marilândia, Distrito de Itapeçerica/MG, para ele buscar droga. Esclareceu que deixava J.E. no referido local e voltava para a cidade (f. 103/104). Tais informações encontram respaldo nas transcrições telefônicas vistas às f. 138/142, 152/153.

Quanto ao apelante S.E.A., apesar de sua negativa e das declarações do corréu E. - que disse não ser ele o "S." que lhe fornecia droga -, constata-se dos autos o seu envolvimento com o tráfico de drogas.

À f. 7 da representação do ilustre delegado pela prisão de S. e outros investigados, ele faz menção a um diálogo interceptado no dia 26.8.2008, às 10h55min36s, entre J.E. e S., do qual se extrai o seguinte trecho:

S.: Dá um jeito de arrumar uma balança e vem cá buscar que eu não tenho balança não.
J.E.: Nossa, eu também num tenho não, a minha ocê sabe o que aconteceu num sabe? Te contei num contei?
S.: É...
J.E.: Então. A mas no oio ocê sabe mais ou menos num sabe não? Ocê?
S.: Eu sei três cuié dá trinta.
J.E.: É, isso aí é, três cuié dá trinta. Três cuié mais ou menos, mais ou menos cheia por cima dá trinta.
S.: É.
J.E.: Eu vou aí, eu vou aí e chegar aí nós vê. Esquenta não, mais tarde eu vou aí.
S.: Falou, vem cá, eu dou um jeito aqui.
[...] [sic]

A autoridade policial, na referida representação, assegurou que o "S." acima foi identificado como S.E.A. e destacou:

S. também é indivíduo vastamente conhecido no meio policial e, inclusive, responde a outro inquérito policial que tramita nesta unidade também pela prática de tráfico de drogas. O inquérito policial nº 030/09 visa investigar a participação de S. juntamente com o adolescente L.C.R. (também investigado no presente IP) no comércio de entorpecentes em Cláudio. O IP nº 030/09 teve origem após cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência de ambos o qual logrou a apreensão de pequena quantidade de drogas (cocaina) e grande quantidade de material utilizado para embalagem do entorpecente. Dessa forma, constata-se que existe em Cláudio uma verdadeira rede criminosa voltada para a prática do tráfico de drogas instalada em Cláudio que conta com a colaboração de diversos operadores deste comércio ilegal, aliciando inclusive menores para a prática do crime.

O inquérito policial 030/09 foi registrado sob o nº 0166.09.024222-2, estando apenso aos presentes autos, tendo em vista que os fatos ali apurados integraram a denúncia aqui ofertada (f. 56 do referido apenso).

Ademais, a douta Magistrada, ao prolatar a sentença, teve a cautela de ressaltar, à f. 1.188, sua per-

cepção quanto à voz do réu S.E., assegurando ser idêntica a voz nas escutas telefônicas à que ouviu em audiência de interrogatório.

Por oportuno, transcrevo o trecho da sentença que trata da afirmação retro:

Ora, nenhuma sombra de dúvida perturba o espírito desta Magistrada ao reconhecer a culpabilidade do acusado S. quanto aos fatos narrados na denúncia, vez que ouvi as gravações telefônicas e pude identificar claramente tratar-se da mesma voz do acusado que esteve diante de mim, em audiência para interrogatório.

As pausas, a entonação, o jeito de falar são idênticos, razão pela qual tenho plena certeza de que as conversas degravadas foram travadas entre E. e S.E.A., sendo as alegações da defesa artifícios ilusórios e conjecturas para confundir este Juízo.

Com efeito, imputar a responsabilidade pelo ilícito a outra pessoa também de nome S., mas que já falecera, é expediente que nenhum efeito produz na convicção desta Magistrada, ainda mais quando não há prova alguma dessas alegações.

Pelo contrário, o conjunto probatório indica que E. e S.E. mantinham contato permanente, ambos se fornecendo drogas para manter os estoques, trocando materiais usados no tráfico (balança e motocicleta) e ainda se ajudando em caso de dificuldades diante de outros traficantes (ameaças de 'B.').

As transações envolvendo o comércio de drogas entre o réu S.E.A. e J.E. podem ser vistas também às f. 154/155 e 167 das transcrições telefônicas, retratadas, também, nas afirmações da douta Magistrada acima destacadas.

O envolvimento da ré M.R.F.F.R. no tráfico de drogas também restou demonstrado nestes autos, em especial, pelas inúmeras ligações telefônicas que ela manteve com o réu J.E., as quais foram objeto de interceptação. As transações realizadas entre eles podem ser vistas às f. 140/147, 149/150, 152/155, 159/160, 169/170 e 188/189.

De tais transcrições como bem asseverou a douta Magistrada, constata-se que a ré M. fazia contatos com usuários, bem como fornecedores de droga, auxiliando o réu J.E., com quem mantinha um relacionamento amoroso, no comércio proibido de drogas.

As informações acima encontram respaldo na prova testemunhal.

A autoridade policial, ouvida em juízo às f. 732/734, informou que havia várias denúncias anônimas apontando os corréus J.E. e F. como traficantes de drogas, o que veio a ser confirmado pelas interceptações telefônicas, autorizadas judicialmente. Asseverou que, por meio dessas interceptações, restou apurado que o réu J.E. buscava drogas fora da cidade de Cláudio/MG. Assegurou que vários usuários ligavam para o réu J.E., o dia todo, pedindo drogas, usando os nomes "pedra", "pó" ou apenas perguntando "tem aí?". Disse ainda que,

através do telefone de J.E., foram interceptadas ligações entre ele e o menor "J." e os corréus F., M., S. e V. Destacou que J.E. pedia a J.P. que o levasse a alguns lugares para adquirir drogas, sendo que este ia conduzindo sua motocicleta ou a emprestava àquele. Salientou que, ouviu-se através da interceptação, o réu J.E. pedindo a M. que ligasse para uma terceira pessoa que lhe estaria cobrando uma dívida, no que foi por ela atendido. Quanto à ré M., disse se recordar ainda dela solicitando uma porção de "pó" ao J.E. para uma amiga de prenome B., intermediando a compra do entorpecente. Assegurou que J.E., F. e S. eram os líderes da organização criminosa possuindo maiores quantidades de entorpecente, enquanto os demais envolvidos lhes prestavam auxílio material.

Como já consignado pela MM. Juíza sentenciante, assim como em diversas outras decisões por mim proferidas, o testemunho policial é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos dos acusados ou quisesses indevidamente prejudicá-los, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

A propósito:

A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (STF/HC 70.237 - Rel. Carlos Velloso - RTJ 157/94).

A testemunha F.R., companheira do corréu V.G.S. à época, prestou informações em sede policial, de forma detalhada, acerca do envolvimento deste e dos réus J.E., F., J.P. e S., dentre outros, no tráfico de drogas, revelando de forma inequívoca a associação entre eles. É o que se vê às f. 453/454.

Em juízo, a testemunha supra retificou suas declarações, no entanto, a douta Magistrada destacou o comportamento dela durante a oitiva, o qual evidenciava temor e nervosismo, mesmo na ausência dos réus (f. 1.192/1.193).

Outra testemunha - cuja identidade, assim como foi feito na sentença, mantenho em sigilo, visando resguardar sua segurança - tanto em sede policial quanto em juízo (f. 36/37 e 735/736), apontou o corréu F., vulgo "P.C.", como traficante de drogas, assegurando que ele se valia de menores para realização do comércio de drogas no "Posto C.A.". Assegurou que conhecia mais o réu F., no entanto, sabia que ele e J.E. eram amigos. Por oportuno, transcrevo um trecho das declarações por ela prestadas em sede policial, as quais foram ratificadas em juízo:

[...] quando veio para o centro dessa Cidade, começou a conversar com a Policial L.; que estava conversando besteira,

contando para a Policial que havia se separado de seu marido, conversando 'essas coisas de mulher', que segundo a declarante, F.D.F., conhecido como 'PC', estava observando-a; que, mais tarde, de madrugada, logo depois que a Polícia Militar 'deu pulo', no E., PC falou com a declarante que era muita coincidência ela estar conversando com os Policiais e pouco tempo depois E. 'rodar'; que nessa hora, PC pegou a declarante pelo pescoço e a deitou no banco da Praça Levi Vitoi, e falou com seu namorado que, se no dia seguinte, até às 07:00hs ela não aparecesse, ela estaria morta, por ter 'caguetado', E.; que, então, PC desceu com a declarante até a casa de E. e a fez revirar o barraco dele todo, para ver se havia alguma droga guardada; que a declarante estava sendo ameaçada de morte por PC, que apontava um revólver para a cabeça da mesma; que E. chegou pouco tempo depois e falou que tinha sido levado para a Delegacia porque um rapaz tinha sido pego com maconha e ele foi levado junto; que, na casa de E., antes do mesmo chegar, PC falou para a declarante, apontando-lhe o revólver que, se ele, E., 'descesse', ela morreria; que PC levou a declarante na casa de E. para tentar tirar alguma droga que possivelmente estivesse na casa dele, porque, se E. fosse preso, a Polícia daria uma busca na sua casa; [...] que a declarante alega que nunca vendeu droga com PC, mas ele já a chamou para fazê-lo; que, pelo que a declarante sabe, o PC coloca dois menores de idade para trabalhar durante o dia no Posto C.A., e fica em tal lugar durante a noite; que, segundo a declarante, PC e E. são amigos, mas que, até esse dia, não o conhecia; que PC vende 'pedra, fumo e pó', e que pega com um moço moreno em Divinópolis [...] (f. 36/37).

Essa associação entre os réus F., J.E. e os demais, S., V. (em relação a este, o feito foi desmembrado, como já dito) e J.P., assim como o envolvimento de menores no comércio de drogas restou patente também nas transcrições das escutas telefônicas em apenso, que revelou que todos se conheciam.

Assim, não resta dúvida quanto à autoria delitiva, nem quanto à prática do comércio ilícito de drogas pelos apelantes.

A materialidade também restou provada pelas diversas apreensões realizadas ao longo das investigações policiais que culminaram no processo em questão, estando elas demonstradas pelos BOs de f. 13/17 e 247/249; autos de apreensão de f. 21/22, 125, 141, 167, 173, 177, 205, 216, 221, 224, 227, 230 e 250 e, por fim, laudos de constatação e toxicológicos (f. 135, 155, 161, 175, 202, 207, 251, 253, 415, e 26 - apenso nº 0166.09.024.623-1 - e 45 - apenso nº 0166.09.024.222-2).

Importante consignar que irrelevante é o fato de que não tenha havido apreensão de droga com cada um dos membros da organização criminosa, bastando para comprovação da materialidade que seja apreendido entorpecente com um deles, o que ocorreu *in casu*.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal:

Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Progressão de regime. Irretroatividade da Lei 11.464/2007.

Restituição de bens apreendidos. Inadmissibilidade. 1. Existindo prova segura da prática do tráfico de entorpecente, não há que se falar em sua absolvição por falta de provas. 2. Restando evidenciado nos autos que os agentes se associaram para comercializar entorpecentes, seja pela apreensão da droga, seja pelo monitoramento das suas atividades, não há que se falar em absolvição por falta de provas quanto ao delito de associação ao tráfico. 3. Tendo os agentes sido condenados pelo delito de associação ao tráfico, não há que falar na aplicação da causa especial de diminuição de pena, pois estes se dedicavam a atividades criminosas. 4. Tratando-se de fatos ocorridos antes da vigência da Lei 11.464/2007, o lapso temporal a ser cumprido para fins de progressão de regime é de um sexto (1/6) da pena. 5. Na conformidade do previsto no art. 91, II, do Código Penal, a perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito automático da condenação. 6. Recursos do primeiro e quarto apelantes parcialmente providos, com extensão da força do julgado aos demais (Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, Apelação Criminal nº 1.0313.07.218613-0/001, Publicação 03.11.2008).

Por força de tais razões, não há que falar em absolvição ou desclassificação da conduta de quaisquer dos apelantes.

Importante destacar que a condição de usuário não afasta a de traficante, o que, inclusive, não surpreende, pois se trata de fato comum entre traficantes, que, muitas vezes, passam a vender drogas para sustentar o próprio vício.

Além disso, cabia à defesa comprovar que as drogas se destinavam exclusivamente ao consumo dos apelantes, o que não fez.

Nesse sentido:

[...] Inadmissível o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, quando ausente a prova da exclusividade de uso próprio, sendo da defesa, e não da acusação, o ônus da prova cabal e irrefutável da alegação de ser usuário e dependente (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0487.04.006856-0/001, Relator Desembargador Paulo César Dias, julgada em 07.12.2004, publicada em 16.02.2005).

Tráfico. Desclassificação. Impossibilidade. Prova da atividade mercantil. Desnecessidade. - Não comprovada a destinação exclusiva da droga ao uso próprio, pois nada impede que o usuário seja também traficante, inclusive para satisfazer o próprio vício, inviável a desclassificação para o art. 16 da Lei Antitóxicos (TJMG, Relator Desembargador Mercêdo Moreira, Processo nº 182.933-2, julgado em 20.03.2001, publicado em 03.05.2001).

A participação de menores na associação é inegável, estando demonstrada pela prova testemunhal e transcrições telefônicas, devendo, portanto, ser mantida a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, comunicável aos integrantes da organização criminosa.

Impossível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em face do reconhecimento do delito de associação.

É que, ao reconhecer que os réus integravam associação criminosa com a finalidade de praticarem tráfico de drogas, resta inaplicável a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

As penas aplicadas aos apelantes não merecem reparo, uma vez que foram elas fixadas em perfeita conformidade com o disposto no art. 68 do CP, tendo sido observadas as circunstâncias judiciais do art. 59, bem como aquelas do art. 42 da Lei 11.343/06.

Em relação à ré M.R., tenho que cabível a substituição de sua pena.

No entanto, ressalto que o regime prisional continua sendo o inicialmente fechado, porque a incidência da mencionada causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 não retira o caráter hediondo do delito, segundo entendimento que adoto.

Por fim, entendo como presentes os requisitos do art. 44 do CP, uma vez que a pena aplicada não é superior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, os apelantes não são reincidentes em crime doloso e inexistem dados em seu desfavor, no que diz respeito à sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, tanto assim que a pena-base foi fixada no mínima legal.

Diante disso, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por penas restritivas de direito.

Cabe, aqui, registrar, a propósito da concessão desse benefício, que, ao tempo da Lei nº 6.368/76, ao contrário do entendimento então majoritário, sustentava a tese de que, mesmo nos casos de tráfico de entorpecentes, era cabível a aplicação de penas substitutivas, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, uma vez que não havia vedação legal à concessão do benefício.

Sustentava, à época, que o fato de a pena ter de ser cumprida no regime integralmente fechado - então previsto pela lei - não impedia a medida, porque esse regime prisional somente se aplicava acaso cumprida a pena privativa de liberdade.

Algum tempo depois, o Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento e passou a decidir que era cabível a aplicação de penas restritivas nos casos de tráfico de drogas.

Veio, então, a Lei nº 11.343/06, que, em seu art. 44, passou a vedar, expressamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito no caso do crime de tráfico de entorpecentes.

Essa vedação veio também no aqui já citado § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Não vi como deixar de aplicar essas disposições legais, daí o porquê de, em diversas oportunidades, ter assim decidido.

Ocorre que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão do dia 1º de setembro último, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei nº

11.343/06, no ponto em que vedam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito no caso do crime de tráfico de entorpecentes (HC nº 97256).

Trata-se de decisão proferida de forma similar àquela proferida em 23.02.2006, também em sede de HC, que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado então previsto na “Lei dos Crimes Hediondos”.

Tal decisão foi proferida no HC 92.959/STF e teve pronta aplicação em caráter geral.

Assim, penso que de pronto se deva aplicar o entendimento adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no HC 97256.

Pelo exposto, rejeitadas as preliminares, dou provimento parcial apenas ao recurso da apelante M.R.F.F.R., para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas (Código Penal, art. 44, § 2º), nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, fixada esta em 2 (dois) salários mínimos, a serem executadas na forma estipulada pelo juízo da execução, negando provimento aos demais recursos.

Comunicar.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO 1º RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AOS DEMAIS. COMUNICAR.