

**Tráfico de entorpecentes - Crime organizado -
Interceptação telefônica - Legalidade - Prisão em
flagrante - Policial - Testemunha - Valoração da
prova - Condenação - Associação (Lei de
Tóxicos) - Co-réu - *In dubio pro reo* -
Aplicabilidade**

Ementa: Tráfico. Interceptação telefônica. Não deferida por decisão fundamentada de autoridade competente. Nulidade. Não-ocorrência. Apreensão de grande quantidade de droga. Associação para o tráfico. Prova insuficiente acerca da autoria. Aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Recurso do Ministério Público não provido.

- A interceptação telefônica é, atualmente, um dos principais instrumentos de colheita de provas contra o crime organizado, principalmente em se tratando de tráfico de drogas. No presente caso, a interceptação das comunicações telefônicas que embasaram a presente ação não contém qualquer vício capaz de maculá-la, pois foi realizada com a mais estrita observância das normas legais pertinentes.

- Sabe-se que, em se tratando de tráfico de drogas, os depoimentos de policiais que realizaram as diligências para a prisão em flagrante do réu merecem credibilidade como qualquer outro, notadamente se corroborados pelas demais provas dos autos. A prova da traficância não se faz apenas de maneira direta, mas também por

indícios e presunções, que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção.

- Apenas deverá ocorrer um decreto condenatório diante de um juízo de certeza. Assim, se a prova dos autos não gera a convicção de que a um dos acusados realmente fazia parte da organização criminosa, impõe-se a manutenção de sua absolvição pelo princípio *in dubio pro reo*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0470.06.032948-4/001 - Comarca de Paracatu - Apelantes: 1ª) Maria do Carmo Ribeiro da Silva, 2ª) Ronie Jesus da Silva, 3ª) Ministério Público do Estado Minas Gerais, 4ª) Íris Ribeiro da Silva, 5ª) Kátia Ribeiro da Silva - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Thiago Rodrigues Borges - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DE MARIA DO CARMO RIBEIRO DA SILVA E ÍRIS RIBEIRO DA SILVA E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DE RONIE JESUS DA SILVA, KÁTIA RIBEIRO DA SILVA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - Paulo César Dias - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante Kátia Ribeiro da Silva, o Dr. Nicolau Achcar S. Júnior.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilson Ribeiro da Silva, Kátia Ribeiro da Silva, Maria do Carmo Ribeiro da Silva, Íris Ribeiro da Silva, Thiago Rodrigues Borges, Ronie Jesus da Silva, Edson Aquino de Oliveira, Paulo Alexandre Silva e Ramão Bernardo Maciel como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14 c/c art. 18, inciso IV, todos da Lei 6.368/76, e contra Carlos Alves do Espírito Santo como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14 c/c art. 18, inciso IV, todos da Lei 6.368/76 e art. 14 da Lei 10.826/03.

O processo foi desmembrado em relação aos co-réus Gilson Ribeiro da Silva e Ramão Bernardo Maciel.

Após o devido processo legal, o Magistrado *a quo*, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal:

* absolveu o co-réu Thiago Rodrigues Borges nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal;

* considerou o réu Carlos Alves do Espírito Santo incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76 e art. 14 da Lei 10.826/03, condenando-o, em concurso material, a 8 (oito) anos de reclusão, mais 120 (cento e vinte) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e semi-aberto para os crimes de associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido;

* considerou a ré Kátia Ribeiro da Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-a, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e semi-aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou a ré Maria do Carmo Ribeiro da Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-a, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou a ré Íris Ribeiro da Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-a, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou o réu Edson Aquino de Oliveira incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-o, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou o réu Ronie Jesus da Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-o, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou o réu Paulo Alexandre Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-o, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico.

Inconformado, o co-réu Ronie Jesus da Silva apresentou recurso de apelação às f. 937/942, requerendo sua absolvição pelo crime de tráfico e, alternativamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A co-ré Kátia Ribeiro da Silva, em suas razões de f. 951/954, pugna por sua absolvição e pela restituição da fazenda que era utilizada para o preparo da droga.

Às f. 961/1006, a co-ré Maria do Carmo Ribeiro da Silva requer sua absolvição pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, comentando, parágrafo por

parágrafo, a decisão guerreada. Alternativamente, requer a progressão de regime de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A condenada Íris Ribeiro da Silva apresentou recurso de apelação pugnando, preliminarmente, pela nulidade do processo a partir da interceptação telefônica, uma vez que essa não foi deferida por decisão fundamentada de autoridade competente. No mérito, requer sua absolvição, sustenta a impossibilidade de se aplicar o concurso material ao caso, pugna pela concessão da progressão de regime de cumprimento de pena e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os co-réus Carlos Alves do Espírito Santo (f. 925), Edson Aquino de Oliveira (f. 927) e Paulo Alexandre Silva (f. 929), apesar de pessoalmente intimados da sentença penal condenatória, não apresentaram recurso.

O Ministério Público apresentou recurso de apelação às f. 1.009/1.020, requerendo a condenação do co-réu Thiago Rodrigues Borges nos termos da denúncia. Pugna, ainda, pelo aumento da pena-base aplicada aos condenados.

O representante do *Parquet* apresentou contra-razões aos recursos interpostos pelos denunciados às f. 1.023/1.044.

Contra-razões do acusado Thiago Rodrigues Borges às f. 1.059/1.060.

Os demais denunciados não apresentaram contra-razões em face do recurso apresentado pelo Ministério Público.

A Procuradoria de Justiça, às f. 1.163/1.180 e 1.182/1.186, opinou pelo não-provimento do recurso interposto pelo Ministério Público e pelo parcial provimento do recurso dos condenados, unicamente para permitir a progressão de regime de cumprimento de pena.

Conheço dos recursos, visto que presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

Inicialmente, analiso a preliminar suscitada pela quarta apelante.

Alega a co-ré Íris Ribeiro da Silva que a interceptação telefônica, prova essencial no processo e que teve grande influência no convencimento do Magistrado sentenciante, não foi deferida por decisão fundamentada de autoridade competente, o que infringe, frontalmente, as disposições constantes da Lei 9.296/96.

Em que pesem as afirmações feitas pela quarta apelante, verifica-se que toda a operação realizada pela Polícia Federal, inclusive o procedimento de colheita de provas através da interceptação telefônica, foi pautada por extrema lisura, competência e respeito aos preceitos legais norteadores do processo penal.

Os crimes praticados por associações criminosas geram um grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa estrutura complexa e

articulada traz dificuldades na obtenção da prova, o que leva os órgãos de investigação a necessitarem de determinados instrumentos mais ágeis, embora muitas vezes limitadores de direitos, em detrimento de outros mais convencionais, cuja eficiência fica muito aquém do exigido.

Diante desse contexto é que o legislador brasileiro, apesar das inúmeras contradições e eventuais incoerências técnicas, mas sensível à situação anunciada, criou o instituto da interceptação telefônica, que, atualmente, é um dos principais instrumentos de colheita de provas contra o crime organizado, principalmente em relação ao tráfico de drogas.

É claro que a interceptação telefônica se configura numa maior restrição às liberdades individuais, mas é plenamente justificada pela imperatividade de se tutelar o interesse coletivo e pela necessidade de uma resposta estatal mais enérgica e proporcional à gravidade da situação apresentada.

O que se vê no presente caso é que, sob todos os ângulos que se analisa o procedimento adotado para a interceptação das comunicações telefônicas que embasaram a presente ação e a decisão condenatória, não se vislumbra qualquer vício que tenha o condão de maculá-la, pois ela foi realizada com a mais estrita observância das normas legais pertinentes.

Segundo rigorosamente as normas dos arts. 2º, parágrafo único, 3º, inciso I, e 4º, todos da Lei 9.296/96, a autoridade policial requereu, de forma fundamentada, clara e precisa, a quebra do sigilo telefônico dos números mencionados no requerimento.

Da mesma forma, ao contrário do que entende a quarta apelante, a autoridade competente para o ato em questão, o Dr. Rodrigo Antunes Lage, deferiu a interceptação às f. 213/215, 224/227, 239 e 250/254. Verifica-se que os mandados não possuem qualquer ilegalidade, pelo contrário, são extremamente específicos quanto aos números dos telefones objetos da escuta, tempo para sua realização, limites e deveres inerentes à operação.

Ao contrário do alegado, os despachos demonstram, *quantum satis*, a necessidade da concessão da medida, informando o Magistrado a existência de razoáveis indícios da autoria delitiva e a imprescindibilidade da realização da diligência para o esclarecimento dos fatos, pois, até aquele momento, não havia outros meios para obter provas mais concludentes acerca do delito.

Também não há que se falar em excesso de prazo na quebra do sigilo telefônico, uma vez que essa foi prorrogada pela autoridade judiciária competente de forma fundamentada, todas as vezes que a autoridade policial requereu e demonstrou a indispensabilidade do meio de prova em questão.

Além de a lei não restringir a quantidade de renovações da medida, segundo a jurisprudência dominante, a prorrogação do prazo para a escuta telefônica é possível sempre que comprovada a sua necessidade.

Assim, entendo que legítimo foi o motivo que justificou a produção da prova e livre de qualquer vício foi o procedimento realizado, uma vez que seguiu, rigorosamente, os ditames da Lei 9.296/96.

Dessa forma, não havendo nenhum constrangimento ilegal ou qualquer irregularidade na prova produzida, rejeito a preliminar e passo, agora, ao exame do mérito.

Narram os autos que os denunciados, em associação e sob o comando dos co-réus Gilson Ribeiro da Silva e Ramão Bernardo Maciel, já presos na penitenciária Odeni Barbosa Guimarães - Cepaigo - Goiânia/GO, realizavam o crime de tráfico de drogas na região noroeste de Minas.

De acordo com as provas produzidas nos autos, a estrutura criminosa era comandada, de dentro da penitenciária, pelos denunciados Gilson e Ramão, sendo que as co-rés Maria do Carmo, Kátia e Íris (irmãs do co-réu Gilson) e o co-réu Thiago (sobrinho do co-réu Gilson), na cidade da Paracatu, recebiam, separavam, pesavam e distribuíam a droga.

Para tanto, os mencionados co-réus utilizavam, como "quartel general", uma chácara de propriedade do acusado Gilson, denominada Fazenda Ponte Queimada, e da residência da denunciada Maria do Carmo e do denunciado Thiago. De acordo com os autos, a co-ré Maria do Carmo ainda estendia o comércio ilícito de drogas para dentro da cadeia pública local, com o auxílio de internos que lá distribuíam a substância entorpecente.

O denunciado Ronie Jesus da Silva aparece como o principal parceiro dos co-réus Gilson e Ramão, atuando como forte distribuidor de drogas na cidade de Unai/MG.

Já os acusados Carlos Alves do Espírito Santo, Edson Aquino de Oliveira e Paulo Alexandre Silva eram os responsáveis pelo transporte da droga do Estado de Mato Grosso do Sul para a cidade mineira da Paracatu, onde era entregue às irmãs do co-réu Gilson e ao comparsa Ronie, para distribuição.

Narra a denúncia que, no dia 3 de outubro de 2006, foram presos em flagrante os co-réus Carlos Alves do Espírito Santo, Edson Aquino de Oliveira e Paulo Alexandre Silva, quando realizavam a entrega de 115,250 kg (cento e quinze quilos e duzentos e cinquenta gramas) de maconha na residência da acusada Maria do Carmo Ribeiro da Silva, irmã do co-réu Gilson. Foram presos, também, na mesma ocasião, os acusados Ronie Jesus da Silva e Kátia Ribeiro da Silva.

Analiso os recursos de cada apelante separadamente, na ordem em que foram apresentados.

A materialidade delitativa restou absolutamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante de f. 08/22, pelo de constatação preliminar de f. 23 e pelo laudo de constatação definitivo de f. 139, que comprovou que a substância entorpecente apreendida se tratava de 115,250 kg (cento e quinze quilos e duzentos e cinquenta gramas) de maconha, distribuídos em 112 tabletes.

Pugna o apelante Ronie Jesus da Silva por sua absolvição, sob o argumento de que não há provas seguras de seu envolvimento com o tráfico de drogas. Alega que, na verdade, apenas estava no lugar errado na hora errada.

Ora, de acordo com os diálogos transcritos às f. 286, 290, 302, 310, 329, 370 e 389, fica evidente o envolvimento do denunciado Ronie com a organização criminosa de que tratam esses autos.

Apesar de em seu interrogatório (f. 639/641) o co-réu Ronie negar o envolvimento criminoso com o acusado Gilson, das transcrições de f. 290, verifica-se que ele mantinha contato direto com o líder da organização, acertando a compra de drogas e seu pagamento.

O co-réu Ronie era o principal comprador da droga negociada pelo denunciado Gilson e sua organização, vindo aquele a distribuir a droga na cidade de Unai/MG. Há nos autos inúmeros comprovantes de depósito, de altíssimo valor, diga-se de passagem, feitos pelo co-réu Ronie na conta da co-ré Kátia, o que sustenta, ainda mais, a tese de que ele era um forte parceiro na compra e distribuição da droga.

Ressalta-se, ainda, que, na tentativa de justificar os altos depósitos realizados, os acusados Ronie e Kátia apresentaram versões completamente contraditórias, alegando ele que comprou vacas que foram buscadas por açougueiros (f. 639/640) e ela que vendeu bezerros que foram buscados pelo próprio Ronie em um caminhão (f. 646).

Ainda às f. 389 e 401, Ronie combina a forma e o horário de envio da droga.

Os depoimentos dos policiais Antônio Nunes Dourado Neto (f. 658/660) e Gustavo Fonseca da Cunha (f. 661/663) são firmes e coerentes ao afirmar que as co-rés Maria do Carmo, Kátia e Íris iriam intermediar a partilha da droga para o denunciado Ronie. Afirmando que, no dia da apreensão da droga, eles esperaram a chegada de Ronie e, quando este chegou na companhia da co-ré Maria do Carmo, realizaram a abordagem.

Sabe-se que os depoimentos dos policiais que realizaram as diligências para a prisão em flagrante dos réus, se corroborados por outros elementos de prova contidos nos autos, merecem credibilidade como qualquer outro.

Diante do vasto contexto probatório existente nos autos, não é possível acatar a tese defendida pelo acusado Ronie de que apenas estava no lugar errado, na hora errada. Entendo que sua autoria pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico restaram absolutamente comprovadas, não importando que nenhuma droga tenha sido encontrada diretamente em seu poder.

Sendo o tráfico de entorpecente uma atividade essencialmente clandestina, não se torna indispensável a prova flagrantial do comércio ilícito para a caracterização

do delito. Bastam a materialidade delitiva e os elementos indiciários que demonstrem a conduta delituosa do acusado.

A apelante Kátia Ribeiro da Silva, em seu recurso de apelação, pugna por sua absolvição sob o fundamento que apenas realizava as cobranças para seu irmão, porque se sentia coagida por suas ligações. Alega, ainda, que não foi presa em flagrante e que nada incriminador foi encontrado em seu poder.

Conforme já dito, os comprovantes de depósito feitos pelo denunciado Ronie na conta da co-ré Kátia demonstram sua participação fundamental na organização criminosa. Seus depoimentos, contraditórios aos prestados pelo acusado Ronie, confirmam ainda mais o seu envolvimento com o comércio ilícito de drogas.

Às f. 286, 302, 420 e 421, os diálogos transcritos comprovam o envolvimento de Kátia com o denunciado Ronie, demonstrando que ela, além de ser a responsável pela intermediação da droga, servia de contato entre aquele e seu irmão Gilson.

As transcrições das conversas telefônicas de f. 272/275 e 277 não deixam dúvidas do forte envolvimento de Kátia com seus irmãos Gilson e Maria do Carmo, na negociação, compra e venda da droga e seu pagamento.

A própria irmã da denunciada Kátia, a co-ré Íris, afirma, à f. 653, que seu irmão Gilson ligou para ela pedindo para que pesasse uma mercadoria, porque ele não confiava mais em Kátia.

Os policiais Antônio Nunes Dourado Neto (f. 658/660), Gustavo Fonseca da Cunha (f. 661/663) e Antônio Marques Gonçalves de Oliveira (f. 669/671) confirmam a participação da co-ré Kátia, afirmando que ela era uma das pessoas que iria intermediar a droga para o co-réu Ronie. Afirmando que, no dia da prisão dos acusados, a denunciada Kátia chegou na companhia do co-réu Ronie em um veículo Marajó.

Assim, verifica-se que participação de Kátia Ribeiro da Silva na organização criminosa que comercializava droga por todo o Noroeste do Estado de Minas é inegável, não havendo que se falar em coação moral irresistível realizada por parte de seu irmão, uma vez que não há nos autos uma prova sequer capaz de comprovar essas alegações.

Não pode prosperar, ainda, o pedido de restituição, feito pela denunciada Kátia, da Fazenda Ponte Queimada, localizada na BR-040, a 7 km da cidade de Paracatu, sentido Belo Horizonte, que era utilizada pela organização criminosa para a pesagem, separação, acondicionamento e distribuição da droga.

Alega a apelante que a referida fazenda foi adquirida por sua mãe e a ela pertence. Entretanto, apesar de as terras realmente estarem em nome da Sr.^a Maria Aparecida Araújo Silva, ficou comprovado que na sede das citadas terras foram apreendidos 5 (cinco)

cadernos de contabilidade, contendo valores, datas e nomes e, ainda, uma balança, reforçando, assim, a suspeita de que o local realmente era utilizado para a preparação e distribuição da droga.

Conforme dispõe o art. 118 do CPP, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

É o que ocorre na espécie, já que o processo criminal que apura a prática do crime de tráfico e associação para o tráfico praticado pelos denunciados se encontra em tramitação perante este eg. Tribunal, e, *in casu*, verifica-se que a fazenda declarada perdida pelo Magistrado de 1^a instância é de extremo interesse para as investigações.

Ao comentar o art. 118 do Código de Processo Penal, doutrina Júlio Fabbrini Mirabete que

(...) Com a apreensão se procura, inclusive, permitir ao juiz que conheça todos os elementos materiais para a elucidação do crime, razão por que devem acompanhar os autos do inquérito (art. 11), e, enquanto interessarem ao processo, permanecer em juízo. Ao juiz cabe dizer se elas interessam ou não ao processo. Após o trânsito em julgado da sentença devem ser devolvidas ao interessado, se não forem objeto de confisco, por não serem mais úteis ao processo (*Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. Editora Atlas, 2003).

No mesmo sentido:

Incumbe ao juiz, como é sabido, conduzir o processo, provendo a sua regularidade, conforme dispõe o art. 251 do CPP, competindo-lhe, portanto, decidir sobre a oportunidade e conveniência da restituição das coisas apreendidas, antes do trânsito em julgado da decisão terminativa do feito, a que se refere o art.118 do referido diploma (RT 683/320).

Portanto, como até então a fazenda apreendida ainda interessa ao processo, inviável se torna, por ora, a pretendida restituição, devendo o seu perdimento em favor da União ser mantido.

A co-ré Maria do Carmo Ribeiro da Silva requer sua absolvição por falta de provas, a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o direito de recorrer em liberdade. Em suas razões de apelação, contesta, parágrafo por parágrafo, a sentença guerreada.

No entanto, ao contrário do que diz a primeira apelante, há nos autos vasto contexto probatório capaz de sustentar sua condenação pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico.

Mais uma vez, das transcrições das conversas telefônicas, fica evidente a participação essencial da co-ré Maria do Carmo no funcionamento da organização criminosa. Às f. 272 e 300, pode-se verificar que ela intermediava os negócios ilícitos do grupo e, inclusive, fazia a cobrança do pagamento pela venda da droga.

Às f. 406, o co-réu Gilson orienta o co-réu Carlos Alves para se dirigir à residência da co-ré Maria

do Carmo, a qual já estava ciente e esperava a entrega da droga.

Como se não bastasse, os depoimentos dos policiais responsáveis pela operação são todos no sentido de que seria a co-ré Maria do Carmo, juntamente com as co-rés Kátia e Íris, as responsáveis pelo recebimento da droga e repasse ao acusado Ronie.

Assim, em que pese o inconformismo da primeira apelante, entendo que andou bem o Magistrado de 1ª instância em condená-la pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, uma vez que provas não faltam a embasar um decreto condenatório contra sua pessoa.

Quanto ao seu pedido de recorrer em liberdade, entendo que esse não merece ser acolhido, pois a Súmula Criminal nº 7 desse egrégio Tribunal de Justiça determina que o réu que se encontrava preso ao tempo da sentença condenatória deve, de regra, permanecer preso, salvo se a liberdade provisória (art. 594 do CPP) for devidamente justificada.

No caso ora examinado, verifica-se que a primeira recorrente foi presa em flagrante e assim permaneceu até a data da prolação da sentença, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, motivo pelo qual, agora, deve permanecer recolhida até o julgamento desse recurso.

A apelante Íris Ribeiro da Silva requer sua absolvição sob o fundamento de que nenhuma das condutas perpetradas por ela se subsume aos verbos núcleos do tipo previstos no art. 12 da Lei 6.368/76. Afirma que as ações de contratar advogado, depositar dinheiro em conta corrente e planejar entrega ou recebimento de substâncias entorpecentes não estão previstas no referido dispositivo legal e que, por isso, são atípicas.

Ora, ao fazer tal afirmação, a apelante equivocou-se por duas razões: primeiro, porque, ao dizer que a conduta planejar a entrega ou o recebimento da substância entorpecente não é crime, de certa forma, confessa seu envolvimento na organização. Segundo, porque, apesar de o tipo legal previsto no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76 não prever, de fato, as condutas narradas por ela, o mesmo art. 12, § 2º, inciso III prevê a conduta contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substâncias entorpecente, cominando a mesma pena do *caput*.

Pois bem, no presente caso, ocorreu a *emendatio libelli*, podendo ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição, não causando prejuízo à parte, uma vez que esta se defende do fato narrado, e não da capitulação feita na peça inicial.

Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. Narra-me o fato que te darei o direito, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da

escolha do autor da ação, mas de imposição legal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Editora Del-Rey, p. 610).

A participação da recorrente Íris nos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico ainda é confirmada pelos depoimentos dos policiais que realizaram a operação, ao confirmarem que ela era uma das pessoas que iria intermediar a partilha da droga para o co-réu Ronie.

As conversas interceptadas e transcritas também deixam claro o envolvimento da quarta apelante com a organização criminosa, principalmente os diálogos de nº 120 e 153, não havendo que se falar em ausência de provas de sua autoria.

Da mesma forma, não pode ser acatada a tese de falta de materialidade sustentada pela quarta recorrente, pois, conforme já citado neste voto, sendo o tráfico de drogas uma atividade clandestina, não se torna indispensável a prova flagrancial do comércio ilícito para a caracterização do delito. O fato de a apelante não estar portando droga no momento de sua prisão não descaracteriza o crime.

Sustenta, ainda, a apelante, a impossibilidade de se aplicar o concurso material entre os crimes de tráfico e associação para o tráfico. Defende que o mais adequado seria a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei 6.368/76.

Ora, razão não assiste à quarta apelante, pois é cediço que a incursão nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, por se tratar de delitos autônomos, deve ser imposta na forma de concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

Processual penal. *Habeas corpus*. Desclassificação de conduta. Incurção fático-probatória não condizente com a angusta via. Tráfico de entorpecente e associação. Concurso material. Possibilidade. Pena. Dosimetria. Nulidade. Inexistência. - 1 - Realizar desclassificação de condutas, especialmente daquela prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 para a do art. 18, III, do mesmo diploma legal, é intento não condizente com o angusto veio de conhecimento do *writ*, porque demanda incurção fático-probatória. - 2 - Como se não bastasse, nos termos da jurisprudência desta Corte, os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76) e de associação (art. 14 da referida lei) são considerados autônomos, puníveis, portanto, na forma de concurso material. - 3 - Obedecidos os ditames dos arts. 59 e 68, ambos do CP, não há falar em nulidade pelo fato de a sentença ter englobado, em uma mesma fundamentação, dois delitos, com vistas à soma decorrente de concurso material. - 4 - Ordem denegada (HC 23027/RJ - Relator: Min. Fernando Gonçalves - Órgão Julgador: Sexta Turma - pub. no DJU de 04.11.2002, p. 269.)

Diante de tudo o que foi exposto, a meu ver, os crimes de tráfico de drogas e organização para o tráfico restaram absolutamente comprovados nos autos em relação aos acusados Maria do Carmo Ribeiro da Silva,

Ronie Jesus da Silva, Íris Ribeiro da Silva e Kátia Ribeiro da Silva, devendo suas condenações por esses crimes ser mantidas.

Já o representante do Ministério Público requer, em suas razões de apelação, a condenação do acusado Thiago Rodrigues Borges nos termos da denúncia e o aumento da pena-base fixada para os condenados.

Apesar do inconformismo do representante do *Parquet*, ambas as suas pretensões não merecem ser acolhidas.

Em relação ao denunciado Thiago, após uma análise cuidadosa dos autos, verifico que, de fato, não há nos autos um contexto probatório forte o suficiente para comprovar o seu envolvimento com a organização criminosa chefiada por seu tio, o co-réu Gilson Ribeiro da Silva.

Inicialmente, verifica-se que Thiago, em seu interrogatório de f. 655/657, nega, veementemente, o envolvimento com a organização criminosa. Nega que tenha realizado cobranças para Gilson e que conheça o co-réu Ronie. Confessa que até atendeu a um indivíduo de nome Marcin, mas que sua genitora, a co-ré Maria do Carmo, logo tomou o telefone e assumiu a conversa.

Nenhum dos policiais responsáveis pela operação cita o acusado Thiago como sendo uma das pessoas que iriam receber e intermediar a droga para o co-réu Ronie.

No entanto, o mais importante é que nenhuma das conversas telefônicas interceptadas e transcritas faz prova contra o acusado Thiago. Nenhuma delas apresenta conteúdo que possa, com certeza, incriminá-lo.

Sabe-se que no processo criminal vigora o princípio segundo o qual, para alicerçar um decreto condenatório, a prova deve ser clara, positiva e indiscutível, não bastando a alta probabilidade acerca do delito e de sua autoria. Persistindo a dúvida, mínima que seja, impõe-se a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, pois a inocência é presumida até que se demonstre o contrário.

Portanto, por entender que as provas acerca da autoria do denunciado Thiago Rodrigues Borges são frágeis para embasar um decreto condenatório, a pretensão recursal do Ministério Público não deve ser acolhida.

Da mesma forma, entendo que a pena-base fixada aos condenados pelo Magistrado sentenciante não merece qualquer reparo, uma vez que ele, quando de sua aplicação, analisou, uma a uma e de forma cuidadosa, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Entendo que a fixação das penas-base aos condenados se deu de forma adequada, permitindo-se, assim, a reprovação e a prevenção do delito, além de garantir a ressocialização dos apenados.

Quanto à substituição de pena prevista no art. 44 do Código Penal requerida pelos apelantes, deixo de aplicá-la, pois, apesar de entender ser possível a substituição em crime de tráfico de drogas, uma vez que cometido sem violência física ou grave ameaça, observo que, no presente caso, ela não é indicada aos réus, devido a suas

altas culpabilidades e por entender não ser ela suficiente para a reprovação e prevenção do delito nem para a recuperação dos acusados.

Já em relação ao regime integralmente fechado aplicado pelo Juiz de 1ª instância aos condenados pelo crime de tráfico, entendo que esse não pode prevalecer.

É que tenho manifestado, em todos os julgamentos, a impossibilidade de aplicação do regime integralmente fechado de cumprimento de pena, não obstante a hediondez do crime praticado.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com caráter exclusivamente expiatório e retributivo, castigo típico dos sistemas ditatoriais, inadmissível a qualquer Estado de Direito.

A moderna concepção de função socializadora da pena consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, sendo certo que a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorrerá se a pena tiver de ser cumprida em regime integralmente fechado.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 e decidiu pela possibilidade da progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

O Pretório Excelso limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deixando claro que a decisão somente não produz efeito jurídico em relação às penas já extintas naquela data, representando, quanto aos demais casos, o afastamento do óbice apresentado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Esta eg. Câmara, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, há muito entende que a progressividade no regime de cumprimento de pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal.

Embora a decisão do Supremo não tenha efeito vinculante, no entanto, não há razão para dela divergir.

Ademais, com o advento da Lei 11.464/07, a expressão "integralmente", contida no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, foi substituída pela expressão "inicialmente", permitindo-se, assim, a progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos.

De fato, por se tratar de *novatio legis in melius*, a regra disposta no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, possui aplicação imediata, abrangendo, inclusive, os fatos ocorridos antes de sua vigência, em respeito às normas contidas nos arts. 5º, XL, da Constituição da República e 2º do Código Penal.

Isso posto, rejeito a preliminar, nego provimento aos recursos do segundo, terceiro e quinto apelantes e dou parcial provimento aos recursos da primeira e quarta apelantes para, unicamente, permitir a progressão de regime de cumprimento de pena. Estendo a força do julgado aos demais condenados para permitir que o regime inicial de cumprimento de pena para o crime de tráfico de drogas seja o fechado. Mantenho, no mais, a sentença recorrida.

Custas, na forma da lei.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES. SÉRGIO RESENDE - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DE MARIA DO CARMO RIBEIRO DA SILVA E ÍRIS RIBEIRO DA SILVA E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DE RONIE JESUS DA SILVA, KÁTIA RIBEIRO DA SILVA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

...