Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.048477-7, da Capital
Relator: Des. Rodrigo Collaço

APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT* E ART. 35; LEI 8.069/90, ART. 244-B DO ECA). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS CONSONANTES COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS. CORRUPÇÃO DE MENOR. ART. 244-B DO ECA. CRIME FORMAL. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE REALIZADA POR MEIO DE DOCUMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES DO STJ. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO MENOR. IRRELEVÂNCIA.

DOSIMETRIA. PENA-BASE, PARA TODOS OS DELITOS, FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS QUE, À ÉPOCA, CONTAVAM COM MENOS DE 21 ANOS DE IDADE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RECONHECIDA. REDUÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE.

APLICAÇÃO, PARA UM DOS RÉUS, DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/06, POR SER MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA.

ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU VITHOR, FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU WILLIAM, FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "É pacífico o entendimento de que o delito previsto no art. 1º da Lei n. 2.252/1954 e atualmente tipificado no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) é de natureza formal. Assim, a simples participação do menor no ato delitivo é suficiente para a sua consumação, sendo irrelevante seu grau prévio de corrupção, já que cada nova prática criminosa na qual é inserido contribui para aumentar sua degradação" (STJ, HC n. 164.359, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 10.4.2012).

> 2. "A jurisprudência deste Tribunal Superior prega que a certidão de nascimento não é o único documento apto a demonstrar a menoridade de vítima do crime de corrupção de menores (art. 244-B da Lei 8.069/90), podendo a prova da idade do jovem corrompido ser feita também por outros documentos idôneos para tal mister, mormente se dotados de fé pública, como se sucedeu na espécie" (STJ, HC n. 217.624, Rel. Min. Vasco Della Giustina, julgado em 7.2.2012).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.048477-7, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Willian Alves e Vithor Augusto Framarim Silva, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso para fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda imposta ao réu Vithor Augusto Framarim Silva, bem como para reduzir a pena do réu William Alves para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vencido o Exmo. Des. José Everaldo Silva. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 7 de fevereiro de 2013, os Excelentíssimos Desembargadores Jorge Schaefer Martins (Presidente) e José Everaldo Silva.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2013

Rodrigo Collaço
RELATOR

MOD3293AZ«NOME DO USUÁRIO IDENTIFICADO NO SISTEMA#»RT04CR

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Willian Alves e Vithor Augusto Framarim Silva pelo cometimento, em tese, dos crimes de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e de corrupção de menores (art. 244-B da Lei n. 8.0699/90), bem como contra Vithor Augusto Framarim Silva pelo cometimento, em tese, dos crimes de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e corrupção de menores (art. 244-B da Lei n. 8.069/90), pelos fatos assim descritos:

> "**Fato 1 – Da associação para o tráfico**
>
> No ano de 2011 em data e horário a serem apurados durante a instrução processual, na Rua Capitão Osmar Silva, Bairro Pantanal, em Florianópolis, entre os números 282 e 295, **Willian Alves, Vithor Augusto Framarim Silva** e os adolescentes J. P. A. e A. da C. associaram-se, de forma estável e permanente, para o fim de cometer os crimes previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, conforme se depreende das imagens extraídas do DVD anexado aos autos.
>
> Os denunciados Willian e Vithor associaram-se aos adolescentes indicados para fomentarem a mercância de entorpecentes no conhecido ponto de tráfico denominado 'casa do Cezinha', imóvel onde mantinham residência o falecido Paulo Cezar Alves, vulgo Cezinha, e sua esposa, Adriana Sabino Alves, ambos condenados pela prática de tráfico de entorpecentes.
>
> O adolescente J. P. A., filho de Cezinha, e o denunciado **Vithor** permaneceram no interior da mencionada casa e eram responsáveis pela entrega das buchas de maconha e cocaína ao adolescente A. da C., a quem incumbia a comercialização do material entorpecente. A Vithor e João Paulo também tocava o dever de supervisionar o local onde parte das drogas eram depositadas por A..
>
> Gerenciando a logística do comércio ilícito estava o denunciado **Willian**, sobrinho de Cezinha, o qual observava a movimentação do local, certificando-se de que as transações poderiam ocorre livre da interferência da polícia, a partir de ponto estratégico na escadaria em frente ao 'boca' de drogas. Era dever de Willian, outrossim, garantir o sucesso das negociações realizadas por A., fornecendo-lhe, inclusive, aparelho celular para que efetuasse contatos com futuros usuários de entorpecentes.
>
> **Fato 2 – Tráfico de Entorpecentes**
>
> No dia 06 de dezembro de 2011, por volta das 18 horas, na residência de cor verde (casa do Cezinha) localizada na Rua Capitão Osmar Silva, n. 282, Pantanal, nesta capital, **Vithor Augusto Framarim Silva** e o adolescente J. P. A. **tinham em depósito**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 20 (vinte) pedras de crack com peso bruto de 10,8g (dez gramas e oito decigramas), 07 (sete) buchas de cocaína com peso bruto de 4,3g

(quatro gramas e três decigramas), 01 (uma) porção de maconha com peso bruto de 1,7g (um grama e sete decigramas), e um cigarro de maconha com peso de 0,78g (setenta e oito decigramas), drogas estas destinadas ao comércio que era realizado pelo adolescente conhecido como A. da C.. (Termo de Apreensão de fl. 20)

Na ocasião, o denunciado **Vithor** e o adolescente João Paulo permaneciam no interior da 'casa do Cezinha' e, à medida que eram demandados por A., lhe passavam, por uma janela que se debruçava sobre um jardim, as buchas de cocaína e de maconha que seriam comercializadas. **Vithor** e o adolescente João Pualo, outrossim, determinavam a A. que parte da droga que lhe era entregue fosse mantida em depósito embaixo de uma caixa d'água localizada no dito jardim, em local em que podiam ter inteiro controle sobre ela. O material entorpecente assim mantido servia à reposição das buchas de cocaína e maconha que A. vendia, ali mesmo, na escadaria em frente à 'casa do Cezinha'.

Pois bem, após receber notícias anônimas que davam conta do comércio de drogas realizado no endereço em questão, policiais militares realizaram campana e passaram a monitorar o movimento de usuários que se dirigiam até a 'casa do Cezinha' para adquirirem entorpecentes e bem assim toda a atividade narrada aqui.

Após algumas horas de observação, observação está gravada em DVD, os agentes públicos de dirigiram até o local, tendo A. logrado perceber a chegada dos milicianos e conseguido fugir. Realizada a abordagem no coplexo que abriga a 'casa do Cezinha', a laje a ela adjacente e a casa edificada logo acima desta, os policiais conseguiram prender **Vithor** e, com ele, em seu bolso, um pacotinho de maconha, pesando 1,7 gramas, além de uma caderneta com anotações do tráfico. Nas mesmas circunstâncias foi apreendido o adolescente João Paulo e o denunciado **Willian**. Os policiais apreenderam, também, embaixo da aludida caixa d'água, 20 buchas de crack; 07 buchas de cocaína e um cigarro de confecção caseira.

As substâncias foram submetidas à perícia preliminar (Laudo de Constatação de fl. 19), restando demosntrado tratar-se de Maconha (erva Cannabis sativa Lineu) e cocaína, drogas com capacidade de causas dependência física e/ou psíquica, estando o seu uso e comercialização proibidos em todo território nacional, nos termos da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 12/2010.

Fato 3 – Corrupção de Menores

Nos dias, locais e horários citados acima, os denunciados **Willian Alves e Vithor Augusto Framarim Silva**, em comunhão de esforços e vontades, corromperam os adolescentes A. da C. (15 anos de idade) e J. P. A. (16 anos de idade), a com eles praticarem o delito de tráfico de entorpecentes, conforme relatado acima" (fls.).

Na audiência de instrução e julgamento foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelo Ministério Público e duas pela defesa (fls. 106-107).

Apresentadas as alegações finais por ambas as partes (fls. 113-120 e 131-140), a sentença julgou procedente a denúncia (fls. 141-153), nos seguintes termos:

> "Pelo exposto, **julgo procedente** a denúncia de fls. II-VI ofertada pelo **Ministério Público**, para condenar:
>
> A) **Vithor Augusto Framarim Silva**, qualificado nos autos, ao cumprimento das penas de **07 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 1033 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos**, cada, por infração ao art. 33, **caput**, e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06, bem como pelo art. 244-B da Lei n. 8.069/90, todos em concurso material (art. 69 do Código Penal).
>
> B) **William Alves,** já qualificado nos autos, ao cumprimento das penas de **04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 700 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos**, por infração ao art. 35, da Lei n. 11.343/06 e art. 244-B da Lei n. 8.069/90, ambos em concurso material (art. 69 do Código Penal)" (fls. 152-153).

Regularmente intimados da decisão, Willian Alves e Vithor Augusto Framarim Silva interpuseram recurso de apelação, por meio do qual sustentaram que, não restou comprovada a prática do crime de tráfico de drogas, tampouco de associação para o tráfico e corrupção de menores. Argúem, ainda, que os depoimentos policiais não são suficientes para legitimar a condenação dos réus. Afirmam que, com relação ao delito de associação para o tráfico, é necessária a comprovação de que o vínculo seja estável e permanente. Na hipótese de manutenção da sentença, requer o afastamento da aplicação do concurso material, ao argumento de que o tráfico de drogas e a associação para o tráfico devem ser tratados como crime continuado. Requerem, ainda, a aplicação da causa especial de redução da pena, em seu grau máximo, bem como a circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do CP. Por fim, pedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, além da fixação do regime inicial aberto para o resgate da reprimenda (fls. 218-283).

O Ministério Público apresentou suas contrarrazões (fls. 287-311).

Com a ascensão dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Excelentíssimo Doutor Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 313-342).

VOTO

Conforme sumariado, trata-se de recurso de apelação interposto por Vithor Augusto Framarim Silva e Willian Alves contra sentença que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público.

A ambos os réus é imputada a prática dos crimes de associação para o tráfico de drogas e corrupção de menores. Vithor Augusto Framarim Silva foi denunciado, ainda, pelo cometimento, em tese, do crime de tráfico de drogas.

Desse modo, uma vez que a denúncia trata de três crimes distintos, passa-se a análise isolada de cada uma das infrações descritas.

TRÁFICO DE DROGAS

A materialidade do delito de tráfico de drogas restou bem caracterizada por meio do auto de exibição e apreensão (fl. 20), confeccionado por ocasião da prisão em flagrante dos denunciados, bem como pelo laudo de constatação provisório (fls. 18-19) e definitivo (fls. 84-87) da substância entorpecente, do qual se extrai:

> "Consta o material recebido de:
> 1. vinte (20) pacotinhos de plástico branco todos acondicionando substância amarelada em forma de pedra
> **Massa Bruta total: dez gramas e quatro decigramas (10,4g)**
> 2. sete (07) pacotinhos de plástico branco todos acondicionando substância branca em forma de pó
> **Massa Bruta total: quatro gramas e três decigramas (4,3g)**
> 3. um (1) cigarro artesanal, confeccionado com papel celofane incolor e erva, parcialmente queimado.
> **Massa Bruta:sete decigramas (0,7g).**
> 4. um (1) pacote de papel branco acondicionando erva prensada
> **Massa Líquida: um grama e sete decigramas (1,7g)**
> [...]
> Em face das análises realizadas, o material periciado mostrou resultado positivo para **Δ9-THC** (Delta-9-Tetrahidrocanabinol) e **cocaína**.

Resta, pois, bem delineada a materialidade do delito.

No tocante à autoria delitiva, destaca-se que Vithor Augusto Framarim Silva, disse não ser verdadeira a denúncia. Relatou que é amigo pessoal da

MOD3293AZ«NOME DO USUÁRIO IDENTIFICADO NO SISTEMA#»RT04CR

família proprietária do imóvel. Disse que, na ocasião, estava no local para cuidar das crianças que estavam na residência. Afirmou que o adolescente tido como responsável pela comercialização do entorpecente não esteve no imóvel na data dos fatos. Informou que o réu Willian não estava no imóvel no momento da abordagem. Informou, por fim, ser usuário de maconha, salientando que apenas uma pequena porção dessa substância foi apreendida no interior do imóvel (gravação audiovisual de fl. 110).

Rafael Vicente, testemunha arrolada pela acusação, relatou em seu depoimento, sobre o delito de tráfico de drogas, que Vithor mantinha contato frequente com o adolescente responsável pela comercialização da droga, bem como que exercia a função de "olheiro". Afirmou que os réus, ao perceberem a abordagem policial, dispensaram drogas pela janela do imóvel. Informou que foram realizadas 11 operações em referido imóvel, bem como que somente foi verificada a participação do réu Vithor por ocasião da abordagem realizada na data dos fatos (gravação audiovisual de fl. 110).

Luiz Fernando de Souza, em seu depoimento, relatou que participou da abordagem que resultou na prisão dos réus e na apreensão de certa quantidade de drogas, além de uma caderneta com anotações. Informou que nenhum dos réus assumiu a propriedade da droga, bem como que o local em que foi realizada a abordagem é um conhecido ponto de venda de drogas. Disse ter conhecimento de que Vithor participava do tráfico, muito embora não tenha visualizado. Afirmou que os réus foram detidos no interior do imóvel. Informou que, na data da operação, foi comunicado que os réus forneciam drogas a um adolescente que era responsável por comercializar entorpecentes com (gravação audiovisual de fl. 110).

José Machado disse conhecer os réus de longa data, bem como de que nunca teve qualquer notícia do envolvimento dos réus com o tráfico ilícito de entorpecentes (gravação audiovisual de fl. 110).

Claudio de Marafigo disse conhecer Vithor, bem como não saber de

qualquer relação do réu com a prática do tráfico de narcóticos (gravação audio-visual de fl. 110).

Nesse contexto, muito embora o réu negue a autoria do delito, é imperioso destacar que, conforme diversos precedentes jurisprudenciais, *"o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"* (STJ, HC nº 186.453/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 4.8.2011).

Ou ainda:

> "O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório, e em harmonia com os demais elementos de prova" (STJ, HC nº 110.869/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 19.11.2009).

> "PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/03. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INVIABILIDADE. PROVAS CONTUDENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO. VALOR PROBATÓRIO DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. VALIDADE. TESTEMUNHOS COLHIDO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPARADO PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO CONSTANTES NOS AUTOS. CONDENAÇÃO IMPERATIVA. RECURSO NEGADO" (Apelação Criminal n. 2012.026717-1, de Chapecó, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 26.7.2012 – sem o grifo no original).

> "APELAÇÃO CRIMINAL. NARCOTRÁFICO. CRACK. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA INCABÍVEL. APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA EMBALADA PARA VENDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.
>
> Comete o delito definido no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, aquele que vende e guarda substância entorpecente.
>
> DEPOIMENTOS DE POLICIAIS COERENTES E QUE SE COADUNAM COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. VALIDADE INEQUÍVOCA. ALICERCE SEGURO QUE ENSEJA A CONDENAÇÃO.
>
> O status funcional da testemunha por si só não suprime o valor probatório do seu depoimento, que goza da presunção juris tantum de veracidade, especialmente quando prestado em juízo, ao abrigo da garantia do contraditório. Por isso, as declarações de policial só não terão valor se não tiverem respaldo no conjunto probatório nem com ele se harmonizar" (Apelação Criminal n. 2011.047891-5, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Paladino, j, 13.12.2011).

Convém salientar, a propósito, que a circunstância de o réu aparecer nas filmagens realizadas durante as investigações policiais com criança no colo não tem o condão de afastar seu envolvimento com o tráfico.

Nas filmagens realizadas pela polícia (anexadas aos autos à fl. 68), é possível verificar que Vithor manteve contato com o adolescente responsável pela venda da droga aos usuários, bem como que observava atentamente a movimentação de usuários e a realização da mercancia.

Como bem salientou a magistrada sentenciante, "*os vídeos n. 2, 4 e 7, demonstram mais especificamente esta relação estabelecida entre Vithor e A. da C., responsável pela atividade do comércio. As imagens evidenciam o apoio logístico, a cobertura dada por meio de vigília (olheiro) e a dependência financeira que Vithor exercia sobre o menor A*. da C." (fl. 146).

Nesse ponto, é necessário anotar que o fato de Vithor aparecer nas filmagens utilizando um binóculo, por si só, não é suficiente para comprovar seu envolvimento com o tráfico de drogas; contudo, tal circunstância confirma o depoimento do policial militar Rafael Vicente, de que tambémfuncionava como "olheiro" para assegurar o comércio das substâncias entorpecentes.

Diante disso, restam comprovadas tanto a materialidade como a autoria delitiva.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

No que concerne ao delito de associação para o tráfico, anota-se, inicialmente, que as condutas imputadas aos réus serão analisadas conjuntamente, pois, conforme o descrito na denúncia, eles atuavam de forma associada para o fim de praticar o tráfico de drogas.

Conforme anteriormente anotado, o réu Vithor disse não ser verdadeira a denúncia. Relatou que é amigo pessoal da família proprietária da residência. Disse que, na ocasião, estava no imóvel para cuidar das crianças que estavam nos imóveis. Afirmou que o adolescente tido como responsável pela comer-

cialização do entorpecente não esteve no local na data dos fatos. Informou que o réu Willian não estava no imóvel no momento da abordagem. Informou, por fim, ser usuário de maconha, salientando que apenas uma pequena porção dessa substância foi apreendida no interior do imóvel (gravação audiovisual de fl. 110).

O acusado Willian, a seu turno, também disse não ser verdadeira a denúncia. Sobre os fatos narrados, relatou que não estava dentro da residência no momento da abordagem, tendo sido conduzido ao imóvel por um policial. Disse não ter conhecimento se era realizado o tráfico de drogas na casa em que foi realizada a abordagem. Afirmou não ter contato próximo com o adolescente que, supostamente, realizava o tráfico de entorpecentes (gravação audiovisual de fl. 110).

O policial militar Rafael Vicente, a respeito da associação para o tráfico, relatou que os réus, sob o comando de uma terceira pessoa, estavam associados com o intuito de realizarem o tráfico de drogas. Salientou que eles coordenavam a atuação de menores, que eram os responsáveis por comercializar as substâncias ilícitas. Reafirmou ser possível verificar nas filmagens que Willian era responsável pela coordenação e supervisão dos atos de mercância de entorpecentes. Salientou, também, que a conduta de Vithor era semelhante àquela desenvolvida por Willian. Relatou que Vithor mantinha contato frequente com o adolescente responsável pela comercialização da droga, bem como que exercia a função de "olheiro". Afirmou que os réus, ao perceberem a abordagem policial, dispensaram drogas pela janela do imóvel. Informou que foram realizadas 11 operações em referido imóvel, bem como que somente foi verificada a participação do réu Vithor por ocasião da abordagem realizada na data dos fatos (gravação audiovisual de fl. 110).

Nesse ponto, conforme já anotado, destaca-se a importância do depoimento prestados pelos policiais.

Dos já mencionados vídeos gravados pelos policiais é possível extrair que Willian e Vithor mantinham constante contato com o adolescente res-

ponsável por comercializar a droga, bem como eram responsáveis por monitorar a chegada de usuários ou qualquer outra movimentação no local. Aliás, tal circunstância restou analisada com minúcias na sentença guerreada.

Vale registrar que o alegado estado de luto da família proprietária da casa, bem como a circunstância de Vithor somente ter sido avistado pelo policial militar Rafael Vicente em uma oportunidade, não são suficientes para derruir as demais provas coligidas nos autos.

Isso porque, além das declarações do policial militar, é possível verificar, por meio da gravação de vídeo acostada aos autos (fls. 68), que Vithor mantinha vínculo associativo com William e com o adolescente responsável pela comercialização do entorpecente, funcionando Vithor como "olheiro".

Dos já mencionados vídeos, vale destacar, ainda, o "vídeo 11", no qual é possível perceber que William, então em frente ao referido imóvel, tentou deixar o local ao perceber a iminente abordagem policial. Tal fato, aliado aos demais elementos de prova constantes nos autos, bem caracteriza a existência da associação estável e permanente entre os réus, com o objetivo de realizar o tráfico de drogas.

Diante de todo esse contexto probatório, como bem ponderado na sentença guerreada, restou comprovada a prática do crime de associação para o tráfico.

CORRUPÇÃO DE MENORES

Assim como no crime de associação para o tráfico, a análise da materialidade e autoria delitiva será realizada de forma conjunta.

A materialidade delitiva, no tocante ao crime previsto no art. 244-B do ECA, resta configurada por meio do documento de fls. 121-122 (Relação de Dados de Pessoa (confeccionada pelo Poder Judiciário de Santa Catarina), do qual se extrai que o adolescente envolvido, nascido em 2.1.1994, contava, à época, com 17 anos de idade. Tal circunstância, ressalta-se, não foi alvo de qualquer controvérsia.

Ademais, vale ressaltar que a prova da materialidade delitiva prescinde da apresentação de certidão de nascimento ou outro documento de identidade, bastando, para tanto, que seja demonstrado, por meio idôneo, a menoridade do envolvido.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do STJ:

> "*HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENOR. CONDENAÇÃO. NÃO CONSUMAÇÃO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIS À VONTADE DO RÉU. PROVAS ANALISADAS PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. MENORIDADE DO CORRÉU COMPROVADA POR DOCUMENTO HÁBIL. CERTIDÃO DE NASCIMENTO PRESCINDÍVEL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. TEMPESTIVIDADE NÃO DEMONSTRADA. PENA EXTINTA QUANTO A UM PACIENTE *WRIT*. PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA.
> [...]
> 2. É possível a condenação pelo crime de corrupção de menor se a idade da vítima foi demonstrada por documentos hábeis. A certidão de nascimento não é imprescindível para tal fim" (HC n. 108.596, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20.09.2011).

> "Não merece melhor sorte pedido de absolvição pelo crime de corrupção de menores, pois não elide sua caracterização a ausência de certidão de nascimento do menor quando comprovada a idade do adolescente na declaração por ele prestada perante a autoridade policial na DCA (fls. 67), a quem cabe identificar e qualificar os declarantes, constituindo, portanto, documento hábil a certificar sua condição etária. Ademais, o acusado não trouxe qualquer prova capaz de afastar a tipificação pena pela qual foi dado como incurso" (HC n. 223.996, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 25.04.2012).

> "*HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO DE MENORES. DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. PROVA DA MENORIDADE DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESCINDIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA IDADE POR OUTROS DOCUMENTOS IDÔNEOS. PRESENÇA DE FÉ PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.
> A jurisprudência deste Tribunal Superior prega que a certidão de nascimento não é o único documento apto a demonstrar a menoridade de vítima do crime de corrupção de menores (art. 244-B da Lei 8.069/90), podendo a prova da idade do jovem corrompido ser feita também por outros documentos idôneos para tal mister, mormente se dotados de fé pública, como se sucedeu na espécie" (HC n. 217.624, Rel. Min. Vasco Della Giustina, julgado em 07.02.2012).

Assim, referido documento, no qual restou devidamente identificado, inclusive com a anotação do número de seu registro geral e certidão de nascimento, é peça idônea e hábil para a comprovação da materialidade delitiva.

A autoria, do mesmo modo, restou bem configurada. Muito embora os denunciados tenham negado qualquer envolvimento com o adolescente, as declarações dos policiais militares, confirmadas pela gravação audiovisual realizada pela autoridade policial (fl. 68), confirmam a participação do então inimputável. Salienta-se, nesse tocante, que era o menor quem realizava o comércio da substância entorpecente com os usuários, tudo sob a supervisão e assistência dos réus, a figurar como componente-chave na operacionalização do tráfico.

A propósito, vale destacar que, conforme firme orientação do Superior Tribunal de Justiça, o delito previsto no art. 244-B do ECA, trata-se de crime formal, independente de prova, sendo irrelevante, ainda, eventual corrupção anterior do adolescente.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* . PENAL. ARTS. 1º DA LEI N. 2.252/1954 E 244-B DO ECA. CORRUPÇÃO DE MENORES. NATUREZA FORMAL DO DELITO. MENOR ANTERIORMENTE CORROMPIDO. IRRELEVÂNCIA.
> 1. É pacífico o entendimento de que o delito previsto no art. 1º da Lei n. 2.252/1954 e atualmente tipificado no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) é de natureza formal. Assim, a simples participação do menor no ato delitivo é suficiente para a sua consumação, sendo irrelevante seu grau prévio de corrupção, já que cada nova prática criminosa na qual é inserido contribui para aumentar sua degradação.
> 2. Ordem denegada" (STJ, HC n. 164.359, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 10.04.2012).
>
> "PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. FURTO. CONDUTA. CARACTERÍSTICAS QUE DEMONSTRAM REPROVABILIDADE SUFICIENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. ESPECIALIDADES QUE TAMBÉM IMPEDEM, NO CASO CONCRETO, O RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR.
> [...]
> 6. É assente neste Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido de que o crime tipificado no artigo 1º da revogada Lei 2.252/54, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor.
> 7. Ordem denegada" (HC n.135.669, Rel. Min. Maria Thereza de Assis

Moura, julgado em 16.08.2012).

Desse modo, bem caracterizada, também, a materialidade e autoria do delito previsto no art. 244-B do ECA.

Dosimetria

Inicialmente, afasta-se a argumentação defensiva no sentido de que a hipótese dos autos é de crime continuado, inexistindo concurso material entre os delitos.

Conforme é consabido, os delitos imputados aos réus (tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores) traduzem condutas autônomas, de modo que devem ser na forma de concurso material, conforme disciplina o art. 69 do CP.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça:

> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.
> 1. A teor da jurisprudência desta Corte, os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são considerados delitos autônomos, admitindo-se, portanto, seja aplicada a regra do concurso material de crimes.
> 2. Habeas corpus denegado" (HC n. 158.668/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, julgado em 10.06.2010).

> "HABEAS CORPUS. PENAL. ARTS. 12 E 14 DA LEI N.º 6.368/76. CONCURSO MATERIAL. POSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.
> 1. Não há óbice a condenação em concurso material pelos crimes de tráfico e de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, previstos nos arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76, por se tratarem de delitos autônomos.
> 2. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Habeas corpus denegado (HC n. 116.951/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 29.04.2010).

Assim, correta a sentença ao assentar que os crimes foram praticados pelos réus em concurso material.

Willian Alves

A reprimenda imposta a William restou fixada em seu mínimo legal; contudo, revela situação peculiar. Isso porque, ao réu foram cominadas as penas de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, em razão do crime de associação para o tráfico e 1 ano de reclusão, pelo delito de corrupção de menores.

A lei n. 11.343/06, a seu turno, prevê a corrupção de menores como uma causa especial de aumento de pena, prevista em seu art. 40, VI, que dispõe:

> "Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
> [..]
> VI – sua prática envolver ou visar atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação".

Nesse contexto, revela-se mais favorável ao réu Willian a aplicação da causa especial de aumento de pena, uma vez que implica na fixação da reprimenda em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

No tocante à pena de multa, convém demarcar que a condenação é mantida no patamar de 700 (setecentos) dias-multa, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Vale destacar, a propósito, que foi reconhecida na sentença existência da circunstância atenuante, em razão de Willian contar com menos de 21 anos na data do fato. Contudo, como bem anotado, tal circunstância não restou aplicada, uma vez que as penas-base foram fixadas no mínimo legal, em atenção ao enunciado da Súmula 231 do STJ.

Resta, ainda, tratar do regime inicial de cumprimento da pena.

Não se olvida que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XLIII estabeleceu que "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*".

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), com redação dada

pela Lei nº 11.464/2007, a seu turno, estabelece no art. 2º que:

> "Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> I - anistia, graça e indulto;
> II - fiança.
> § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado" (grifei).

Contudo, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 111.840, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli, por maioria de votos, "*deferiu a ordem e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que a indeferiam*" (julgamento realizado em 27.06.2012 – acórdão pendente de publicação).

Desse modo, muito embora a decisão tenha sido proferida em controle difuso de constitucionalidade e, por essa razão, não tenha efeitos *erga omnes*, convém adotar o posicionamento majoritário adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como já admitido em outro precedente desta Corte:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). PLEITEADA A ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DE POLICIAIS MILITARES E INFORMANTE. ENTORPECENTES ENCONTRADOS TANTO COM O RÉU QUANTO EM SUA RESIDÊNCIA. DROGA EMBALADA EM PEQUENAS PORÇÕES. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE, POR MAIORIA DE VOTOS, RECONHECEU A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE NA HIPÓTESE EM TELA, CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO NÃO FAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITOS LEGAIS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL, TODAVIA, NÃO PREENCHIDOS NO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
> [...]
> 2. O resgate da reprimenda em crimes hediondos ou equiparados deve iniciar-se no regime fechado, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n.

> 8.072/90. De qualquer forma, ainda que se entendesse possível, diante de recente julgado do Supremo Tribunal Federal, a fixação de regime mais brando, para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena devem ser levadas em consideração as circunstâncias do delito, pois esse também é um requisito estampado no art. 33, § 3º, do Código Penal, de modo que, especificamente para o crime de tráfico de drogas, a quantidade e a natureza da droga são fatores determinantes.
>
> [...]" (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.039545-6, de Palhoça, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 22.8.2012).

Nessa toada, conforme o previsto no art. 33, § 3º, do Código Penal, deve ser fixado o regime inicial do cumprimento de pena, em atenção aos critérios estabelecidos no art. 59, *caput*, também do Código Penal.

Assim, como na hipótese dos autos as circunstâncias do art. 59, bem ponderadas pelo juízo de primeira instância, não revelam qualquer motivo para majorar a reprimenda imposta ao réu, impõem-se, conforme o previsto no art. 33, § 2º, 'c', a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da sanção.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o STF, no julgamento do HC n. 97.256/RS, assim se manifestou:

> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por

> objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente" (Rel. Min. Ayres Brito, julgado em 15.12.2010).

Em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o Senado Federal, com fundamento no art. 52, X, da CR/88, editou a Resolução n. 5/2012, que estabelece:

> "Art. 1º. É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n. 97.526/RS".

Diante disso, forçoso concluir que é facultado ao julgador substituir, nas hipóteses previstas no art. 44 do CP, a pena privativa de liberdade por pena

restritiva de direitos, mesmo no caso de condenação do réu pela prática do crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara:

> "[...] REGIME INICIALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. RECONHECIMENTO, POR MAIORIA, DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. ALTERAÇÃO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS OU REINCIDÊNCIA, PARA O REGIME ABERTO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE JURÍDICA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DECLAROU, INCIDENTALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. EFEITO *ERGA OMNES* CONFERIDO PELA RESOLUÇÃO N. 5/2012 DO SENADO FEDERAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO TRECHO PROIBITIVO DA NORMA CONTEMPLADA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. RÉU QUE OSTENTA OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONVERSÃO VIÁVEL. LIBERDADE PROVISÓRIA. SOLTURA DETERMINADA EM DECORRÊNCIA DA CONVERSÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS" (Apelação Criminal n. 2012.028610-2, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins).

Nesse contexto, plenamente cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Assim, demonstrado que não há qualquer óbice ao deferimento da substituição, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, nos moldes do art. 46, § 3º, do CP, bem como no pagamento de prestação pecuniária no valor de 3 (três) salários mínimos, em favor de entidade beneficiente indicada pelo juízo de primeira instância, conforme o disposto no art. 45, § 1º, também do CP.

Vithor Augusto Framarim Silva

A dosimetria da pena, com relação ao réu Vithor, da mesma forma, não merece qualquer reparo.

As penas impostas ao réu pela prática dos crimes de associação para o tráfico e corrupção de menores restaram fixadas em seu mínimo legal. Com relação ao delito de tráfico de drogas, ainda foi aplicada a causa especial de diminuição da pena, que ensejou redução da reprimenda no patamar de um terço

(1/3).

Necessário demarcar, ainda, que não se cogita da aplicação da majorante de corrupção de menores (como realizada em favor do réu Willian), uma vez que implicaria na imposição de sanção mais gravosa ao réu Vithor.

Vale destacar, a propósito, que foi reconhecida na sentença existência da circunstância atenuante, em razão de Vithor contar com menos de 21 anos na data do fato. Contudo, como bem anotado, tal circunstância não restou aplicada, uma vez que as penas-base foram fixadas no mínimo legal, em atenção ao enunciado da Súmula 231 do STJ.

O réu requer, ainda, que a causa especial de redução da pena, aplicada ao crime de tráfico de drogas, incida em seu patamar máximo (2/3), contudo, sua insurgência mão merece guarida.

Como visto, o réu foi condenado pela prática dos crimes de tráfico de drogas, corrupção de menores e associação para o tráfico.

Nesse contexto, vale destacar que o crime de associação para o tráfico revela, no mínimo, indícios de dedicação do réu ao cometimento de crimes, circunstância que, em tese, restringiria até mesmo a incidência da causa especial de redução da pena. Contudo, como na hipótese dos autos não há recurso de acusação, deve ser mantida a minorante, nos moldes estabelecidos na sentença, sem se cogitar na sua aplicação em grau máximo.

Resta, por fim, tratar do regime inicial de cumprimento da pena.

Nessa toada, conforme o previsto no art. 33, § 3º, do Código Penal, deve ser fixado o regime inicial do cumprimento de pena, em atenção aos critérios estabelecidos no art. 59, *caput*, também do Código Penal.

Assim, como na hipótese dos autos as circunstâncias do art. 59 não revelaram qualquer motivo para majorar a reprimenda imposta ao réu, tendo em vista, ainda, a natureza dos delitos praticados pelo réu, aliado ao montante de pena aplicado, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da sanção.

À vista do exposto, o voto é pelo parcial provimento do recurso para fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda imposta ao réu Vithor Augusto Framarim Silva, bem como para reduzir a pena do réu Willian Alves para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto José Everaldo Silva:

Ementa Aditiva

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA NA LEI. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS AO RÉU WILLIAM. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. BENESSE QUE NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL NO CASO CONCRETO.

Divergi da douta maioria por entender descabidas a alteração do regime de cumprimento de pena para o semiaberto ao réu Vithor Augusto Framarim Silva e para o aberto ao réu William Alves, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deste último.

Em que pese, no caso, atingir a pena de William os limites previstos no artigo 44 do Código Penal para a substituição por restritiva de direitos, tenho, por posicionamento, que a benesse não é adequada ao caso concreto e, em especial, pela natureza do crime praticado.

E tal se dá porque entendo que o magistrado, no exercício da individualização da pena, encontra limites bem definidos quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

As hipóteses que autorizam essa substituição são bem claras e encontram-se delineadas no artigo 44 do Código Penal:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
> II – o réu não for reincidente em crime doloso;
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Com todo respeito à corrente majoritária já pacificada na Suprema Corte, não vislumbro afronta à Constituição no dispositivo acima mensurado, expresso no Código Penal, e que impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: (a) nos crimes dolosos cuja pena aplicada ultrapasse 4 (quatro) anos de reclusão; (b) nos crimes que, imposta qualquer pena, sejam cometidos com violência ou grave ameaça contra pessoa; (c) nos crimes em que, imposta qualquer pena, seja o réu reincidente em crime doloso; e (d) nos crimes em que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal indiquem que a substituição seja insuficiente.

Nos dizeres do Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto vencido lavrado no Julgamento do Habeas Corpus n. 97.256/RS em 1º de setembro de 2010:

> Com efeito, o Código Penal traz vedações à substituição da pena em vá-

> rias situações, como se observa do seu artigo 44. Assim, a menos que consideremos esse dispositivo inconstitucional, temos de reconhecer que o juiz, em vários casos, é impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista, justamente esta vedação legal.

E prossegue:

> Vejamos alguns exemplos. O Código Penal veda a substituição da pena nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Esta vedação nunca foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E há crimes menos graves do que o tráfico de drogas que incidem nesta proibição, como por exemplo: crime de lesão corporal grave; crime de aborto; crime de roubo simples. Nenhum desses crimes é considerado hediondo e, mesmo assim, não é possível a substituição da pena.

E não há motivação para entender, a meu ver, de modo diverso, quanto ao crime de tráfico de drogas, que é delito extremamente grave, cometido contra a saúde pública e que fomenta, seja na esfera do traficante ou do usuário, a prática de outros inúmeros crimes, leves, moderados, graves ou gravíssimos.

Havendo no próprio texto constitucional a previsão de que cabe à lei regular a individualização da pena e adotar entre outras, as de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, repisa-se que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas, nada difere, a meu ver, da vedação da substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

Registro meu posicionamento, embora a matéria já tenha sido superada e recentemente, através da Resolução n. 5 de 2012 do Senado Federal, tenha sido positivada. O que não me impede de entender ainda, pela insuficiência das penas restritivas para a repressão do crime de tráfico, mesmo que a pena aplicada esteja dentro do patamar exigido pelo inciso I do artigo 44 do Código Penal e não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, ou ainda em caso em que o acusado não é reincidente em crime doloso.

No caso em tela, foram apreendidos, em poder dos apelantes Vithor

e William, 20 (vinte) pedras de crack com o total de 10,8g (dez gramas e oito decigramas), 7 (sete) buchas de cocaína com total de 4,3g (quatro gramas e três decigramas) e 2 (duas) porções de maconha com total de 2,48g (dois gramas e quarenta e oito decigramas, drogas estas escondidas embaixo da caixa d´água. Além da droga, com o apelante Vithor ainda foi encontrada uma caderneta com diversas anotações relativas ao comércio de drogas.

Sabe-se que das drogas inseridas hoje na sociedade o crack é uma das que mais causam dependência no usuário, vitimizando-o, escravizando-o, transformando-o em ser apático e determinado pelo vício.

Ensina João Gaspar Rodrigues sobre o crack:

> O crack é a cocaína fumada na forma de base livre, obtido por aquecimento do cloridrato de cocaína, água e um agente de caráter básico (álcali) que no geral é o bicarbonato de sódio como pode ser também a soda cáustica ou amônia. Ele também pode ser preparado a partir da pasta de cocaína. É cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase que imediatamente após seu primeiro ou segundo uso. Ao ser usado, o crack produz vapores que atingem a corrente sangüínea, após cruzarem os pulmões, rapidamente e de forma concentrada. [...]. O crack por ser fumado alcança o pulmão, que é um órgão intensamente vascularizado e com grande superfície, levando a uma absorção instantânea. Através do pulmão, cai quase imediatamente na circulação cerebral chegando rapidamente ao cérebro. Com isto, pela via pulmonar o crack 'encurta' o caminho para chegar no cérebro, surgindo os efeitos da cocaína muito mais rápido do que por outras vias. Em 10 (dez) a 15 (quinze) segundos os primeiros efeitos já ocorrem, enquanto que os desdobramentos após cheirar o 'pó' de cocaína acontecem após 10 (dez) a 15 (quinze) minutos e após a injeção, em 3 (três) a 5 (cinco) minutos. Essa característica faz do crack uma droga 'poderosa' do ponto de vista do usuário, já que o prazer acontece quase que instantaneamente após uma 'pipada'. Os efeitos produzidos no usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos. Provocam um estado de excitação, hiperatividade, insônia, perda de sensação do cansaço, falta de apetite. Este último efeito é muito característico do usuário de crack e merla. Em menos de um mês ele perde muito peso (8 a 10 kg) e num tempo um pouco maior de uso ele perde todas as noções básicas de higiene ficando com um aspecto deplorável. Por essas características os usuários de crack (craqueros) são facilmente identificados. O curioso é que em função dessa meteórica degradação física, ao contrário do que acontece com outras drogas, o usuário de crack tem plena consciência que a sua transformação é devida ao próprio crack. Estudos realizados demonstram que apenas 25% dos alcoólatras admitem que o álcool é a causa de seus problemas; na cocaína esse percentual é de 73% e no crack é de 100%. [...]. A meia vida dos efeitos do

> crack é muito rápida, em média duram em torno de 5 (cinco) minutos, enquanto que após injetar ou cheirar, em torno de 20 (vinte) e 45 (quarenta e cinco) minutos, respectivamente, razão pela qual a compulsão (fissura) pelo seu uso é muito mais poderosa que a desenvolvida pela cocaína (aspirada ou injetada). Com o crack praticamente não há intervalo entre a experimentação e a dependência; enquanto o álcool leva em média 1 (um) ano para desenvolver a dependência e a cocaína 4 (quatro) meses, o crack em menos de um mês torna o usuário dependente [...]". (*Tóxicos*, Bookseller, 2001, p. 62/66). (Apelação Criminal n. 2008.067281-2, de Palhoça, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 25.11.2008)

Pois bem. Feitas estas considerações, tenho que o crime de tráfico traz em si aura de criminalidade diversa dos outros crimes previstos na legislação penal brasileira. Afeta a saúde e a segurança públicas de modo nunca antes visto. Vislumbro que aquele que, ao comercializar substância entorpecente em desacordo com determinação legal ou regulamentar, cujos efeitos nocivos à saúde do usuário são amplamente difundidos e alertados à população em geral, visa o lucro fácil, não tem a compreensão necessária para entender o caráter repressivo de uma pena substitutiva de direitos.

E por esse motivo, a repressão por meio de pena restritiva à traficantes, sejam grandes ou pequenos e envolvidos ou não em organizações e atividades criminosas, não é suficiente para penalizar, reeducar e ressocializar.

Ainda, no que tange à modificação dos regimes iniciais de cumprimento de pena, destaca-se que não se desconhece o recentíssimo entendimento do Supremo Tribunal Federal – HC n. 111.840/SP, rel. Min. Dias Tóffoli, j. em 27.6.2012 – e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, que, mesmo em casos de tráfico de drogas, têm fixado o regime inicial aberto para cumprimento. Confira-se:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.° 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. **MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL**

DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Paciente foi condenada, por concorrer para com a prática de transporte de cerca de 2,8 gramas de "maconha", às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.° 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão da apelação a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções (HC 191.392/MT, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 9.8.2011 – grifou-se).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA NOVEL LEGISLAÇÃO, NA ÍNTEGRA, CASO A MEDIDA SE MOSTRE BENÉFICA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. **FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO**. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei n.º 6.368/76 (antiga lei de drogas).

2. Em casos tais, tem-se proclamado ser devida a perquirição se a aplicação, na íntegra, da novel legislação seria - ou não – mais favorável ao paciente.

3. Havendo elementos seguros para a avaliação da favorabilidade da novel legislação à hipótese analisada, é viável a readequação da reprimenda desde logo, em observância ao princípio da razoável duração do processo e da efetividade.

4. No caso, magistrado de primeiro grau justificou o aumento da pena, na primeira fase do sistema trifásico, valendo-se de argumentos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, em desarmonia, portanto, com o disposto no artigo 59 do Código Penal. Assim, afastadas as circunstâncias judiciais indevidamente

valoradas, impõe-se a fixação da pena-base no mínimo legal.

5. Considerando a quantidade de droga apreendida - 15,8 g de maconha -, a primariedade e os bons antecedentes do réu, bem como o fato de não haver informações nos autos de que se dedique a atividades criminosas, estão satisfeitos os requisitos legais ao deferimento do benefício contido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

6. As mesmas diretrizes também mostram ser possível o estabelecimento do regime prisional menos gravoso e o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

7. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, aplicando integralmente o preceito previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diminuir a pena recaída sobre o ora paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime aberto e substituir a sanção corporal por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargos do Juízo das Execuções (HC 176.643/RS, rel. Min. Og Fernandes, j. em 4.8.2011 – grifou-se).

Mas, com o devido respeito ao entendimento citado, cujos efeitos se dão apenas entre as partes envolvidas, sigo a trilha da jurisprudência desta Corte, que, de forma cautelosa, vem entendendo pela fixação do regime fechado, dada a previsão contida no artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação fornecida pela Lei n. 11.464/2007. A propósito, veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APREENSÃO DE 11 (ONZE) PORÇÕES DE COCAÍNA, PESANDO O TOTAL DE 7,05G (SETE GRAMAS E CINCO DECIGRAMAS). NARCOTRAFICÂNCIA EVIDENTE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE, CORROBORADO AOS DEPOIMENTOS DE DIVERSOS USUÁRIOS E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NÃO DEIXAM DÚVIDAS DO COMETIMENTO DO ILÍCITO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O PRECEITO INCRIMINADOR MAIS BRANDO, PREVISTO NO ART. 33, § 3º, DA LEI DE DROGAS. TRÁFICO ÍNTIMO NÃO CARACTERIZADO. OBTENÇÃO DE LUCRO EVIDENTE. PEDIDO ARREDADO.

DOSIMETRIA

REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CULPABILIDADE. UTILIZAÇÃO DO MESMO FUNDAMENTO PARA DETERMINAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA, PRE-

VISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. EXCLUSÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA, SOB PENA DE *BIS IN IDEM*. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. ELEMENTAR DO TIPO PENAL VIOLADO JÁ SOPESADO QUANDO DA FIXAÇÃO DA PENA MÍNIMA EM ABSTRATO. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA.

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). INVIABILIDADE. QUANTUM APLICADO NA SENTENÇA COM ACERTO. ELEMENTOS QUE COMPROVAM O TRÁFICO E NATUREZA DA DROGA QUE IMPEDEM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO EM DOIS TERÇOS. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO AO FIXAR O QUANTUM, CONSIDERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO EM APREÇO.

PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA O RESGATE DA PENA. INVIABILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. BENESSE EM DESARMONIA AO FIM DA REPRESSÃO E DE PREVENÇÃO DO CRIME PRATICADO. REPRIMENDA CORPORAL MANTIDA.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE DETÉM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DISPOSTO NO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE (AC n. 2011.017181-5, de Santa Rosa do Sul, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 18.8.2011, – grifou-se).

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI N. 11.343/06). MATERIALIDADE E AUTORIA PATENTEADAS NOS AUTOS. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS E COERENTES DOS MILICIANOS, ALIADOS À APREENSÃO DA DROGA EM CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO CONSTITUI ÓBICE À CARACTERIZAÇÃO DA NARCOTRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL INVIÁVEL. DECRETO ADVERSO MANTIDO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO O ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA BENESSE PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA, ALIADAS AO CONTEXTO EM QUE SE DESENVOLVEU O TRÁFICO, QUE RECOMENDAM A FRAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA. **ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO PARA O ABERTO. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. COMANDO LEGISLATIVO QUE NÃO ADMITE MODALIDADE MAIS BRANDA**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL DO ART. 44, "CAPUT", DA LEI N. 11.343/06. MEDIDA, ADEMAIS, QUE SE APRESENTA INSUFICIENTE PARA SATISFAÇÃO DOS CARACTERES PREVENTIVO E REPRESSIVO DAS PENAS CRIMINAIS. APELO DESPROVIDO (AC n. 2011.043536-2, de Blumenau, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 26.8.2011 - grifou-se).

No caso concreto, aplico a previsão legal que diz que a pena, em

casos de tráfico de drogas – crime hediondo –, deve ser cumprida inicialmente em regime fechado (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º).

Estas, Excelências, as razões do meu convencimento, motivo pelo qual votei pela não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu William e pela manutenção dos regimes iniciais de cumprimento de pena no fechado.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2013.

José Everaldo Silva