

Apelação n. 0004565-89.2009.8.24.0020, de Criciúma
Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, *CAPUT* E 35, *CAPUT*, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL.

ALMEJADA A ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELA DEFESA E CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO PELA ACUSAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DE AMBOS OS CRIMES DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉUS QUE PRETENDIAM REALIZAR A VENDA INTERMUNICIPAL DE DROGAS E, PARA TANTO, UTILIZARAM-SE DE MENOR DE IDADE PARA EFETUAR O TRANSPORTE DOS ENTORPECENTES. ADOLESCENTE ABORDADO PELOS POLICIAIS MILITARES NA POSSE DE 16 (DEZESSEIS) KG DE MACONHA. ACUSADOS QUE FORAM POSTERIORMENTE PRESOS EM FLAGRANTE NA POSSE DE 0,5 KG (MEIO QUILO) DE MACONHA. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE, SOMADOS AO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, COMPROVAM A MERCANCIA ILÍCITA E O *ANIMUS* ASSOCIATIVO EXISTENTE ENTRE OS RÉUS PARA A FORMAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE PENAL. PLEITO MINISTERIAL ACOLHIDO. APELO DEFENSIVO REJEITADO.

DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DISPOSTA NO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS, EM RAZÃO DA PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE NA EMPREITADA CRIMINOSA. AUMENTO DE 1/6 QUE SE IMPÕE.

POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA, DE

ACORDO COM A NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMA EM SEGUNDA INSTÂNCIA QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO.

RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO. APELO DEFENSIVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0004565-89.2009.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é Apte/Apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte Diogo Correa Teixeira e outro.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer ambos os recursos, prover o recurso ministerial e desprover o apelo defensivo; de ofício, exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância, e nos termos das decisões do STF nas ADCs 41 e 42, encaminhar cópia deste acórdão à comarca de origem, para que expeça os documentos necessários à execução da pena imposta ao condenado, se tal providência ainda não houver sido tomada. Custas legais..

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Getúlio Corrêa (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 25 de outubro de 2016.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
Relator

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, Rodrigo Batista Santana, Diogo Correa Teixeira, Pitter Ferreira da Silva e Aline Orcina Rocha, foram denunciados como incurso nas sanções do art. 33, caput, e art. 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, em razão dos fatos assim descritos na exordial acusatória:

Após autorização de interceptação telefônica de um aparelho celular furtado, com IMEI 356970010574048, nos autos nº 020.09.003473-2, Policiais Militares conseguiram identificar 4 (quatro) pessoas que estariam associadas com o fim de praticarem comércio ilícito de substâncias entorpecentes.

Monitoradas as ligações, a Polícia Militar verificou que os denunciados contrataram o adolescente E. dos S. J., para trazer "maconha" do município de Florianópolis a Criciúma, sendo que a droga ficaria guardada na residência dos denunciados Pitter e Aline. Assim, no dia 13 de março de 2009, por volta das 2:44 horas, Policiais Militares intercederam um táxi, que transitava pela Rua Imigrante Casagrande, Bairro Pinheirinho, neste município, e apreenderam o adolescente E. dos S. J., e encontraram em seu poder, 16,14Kg da substância conhecida por "maconha", droga esta que estava sendo trazida para este município para o fim de ser comercializada.

Após interceptação atelefônica no aparelho celular utilizado pelos denunciados Rodrigo e Diogo, soube-se que estes estariam se dirigindo de Florianópolis/SC a Criciúma/SC no dia 18 de março de 2009 para entregar a a droga aos denunciados Pitter e Aline.

Assim, no dia 18 de março de 2009, Policiais Civis se dirigiram ao Terminal Rodoviário deste município, e ficaram no aguardo do denunciado Rodrigo e Diogo, os quais pegaram um táxi na rodoviária municipal e foram em direção ao Bairro Boa Bista, quando a Polícia os interceptou na altura da Rua Silvino Rovaris, Bairro Boa Vista, neste município, passando a revistá-los, encontrando em poder do denunciado Rodrigo, 1 (um) torrão da substância conhecida por "maconha" pesando 215,5g e em poder do denunciado Diogo, 1 (um) torrão da substância conhecida por "maconha" pesando 229,0g e 2 (duas) unidades da substância conhecida por "maconha" pesando 7,9g, conforme Laudo de Constatação de fl. 14.

Durante a investigação, constatou-se que os denunciados Rodrigo e Diogo traziam a droga apreendida para os denunciados Pitter e Aline, os quais a guardavam em sua residência, para, posteriormente ser revendida com fins de lucro.

A droga apreendida conhecida vulgarmente por "maconha" é substância capaz de causar dependência física e/ou psíquica.

Apurou-se, ainda, que os denunciados estavam associados para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, cada qual com sua função na organização criminosa, ficando Rodrigo e Diogo

responsáveis pela compra e transporte dos carregamentos de maconha e Pitter e Aline pelo depósito e guarda da droga, sendo que todos em comunhão de vontade e com união de esforços, auxiliavam-se para revenda do produto (fls. II-V)

O processo foi cindido em relação aos acusados Rodrigo Batista Santana e Diogo Correa Teixeira, seguindo-se o feito em apartado quanto aos réus Aline e Pitter (fl. 301).

Concluída a instrução criminal, o Magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, de modo que absolveu ambos os réus da prática do crime previsto no art. 35, caput, da Lei nº 11.343/2006, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e os condenou à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor mínimo legal, pelo cometimento do crime disposto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Irresignados com a prestação jurisdicional, tanto a acusação, quanto o réu Diogo Correa Teixeira interuseram recurso de apelação.

Em suas razões, o membro do Ministério Público pugnou pela condenação dos réus pela prática do crime de associação ao tráfico de drogas e o afastamento da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 e, em seu lugar, a aplicação da causa de aumento disposta no parágrafo VI, do art. 40 (fls. 668-690).

A defesa de Diogo Correa, por sua vez, pleiteou pela absolvição da prática do crime de tráfico de drogas, ao argumento de que é mero usuário de entorpecentes, não havendo prova nos autos de que as substâncias apreendidas se destinavam ao comércio ilícito. Em relação à dosimetria da pena aplicada, pugnou pelo aumento da fração fixada em relação à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e, por fim, requereu a fixação do regime aberto para o resgate inicial da reprimenda ou a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 718-730).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 691-697, 731-738 e 739-748), os autos ascenderam a esta Corte.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, que opinou pelo conhecimento de ambos os recursos, porém, pelo desprovemento do recurso defensivo e provimento parcial do recurso ministerial para afastar a causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e aplicar o aumento previsto no art. 40, VI, da Lei de Drogas.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos tanto pela defesa, quanto pela acusação, contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, que julgou parcialmente procedente o pleito condenatório em relação à prática dos crimes de tráfico e associação ao tráfico de drogas (arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06) direcionados aos réus Diogo Correa Teixeira e Rodrigo Batista Santana.

Inicialmente, importa esclarecer, foi promovida a cisão processual (fl. 301) da presente ação penal, que contava originalmente no polo passivo, além dos réus Diogo e Rodrigo, os acusados Pitter Ferreira da Silva e Aline Orcina Rocha, o que deu origem ao autos apartados de nº 0010048-03.2009.

Observa-se, assim, a existência de conexão entre os autos nº 0010048-03.2009 e a presente ação penal de nº 0004565-89.2009.8.24.0020.

Em relação aos acusados Pitter e Aline, foi declarada extinta a punibilidade do réu Pitter F. da Silva, em razão de seu óbito, de modo que a ré Aline Orcina foi condenada pela prática do crime de associação ao tráfico, sendo absolvida da prática do crime de tráfico de drogas, com fulcro no art. 386, II, do CPP.

No julgamento do recurso de apelação criminal interposto pela ré Aline (2011.086147-1), apreciado por esta Segunda Câmara Criminal, foi mantida sua condenação pela prática do crime de associação ao tráfico, ocasião em que foi reconhecido o envolvimento do apelante Diogo e do réu Rodrigo no esquema criminoso voltado à mercancia ilícita existente entre todos os réus. Veja-se:

Do narrado, colhe-se que os policiais monitoraram ligações telefônicas realizadas entre os acusados do processo primitivo (autos n. 020.09.004565-3 – Rodrigo, Diogo, Pitter e Aline), as quais dava conta de ajuste estável e permanente entre eles com o escopo de traficar drogas. Como resultado do monitoramento, apreenderam em flagrante com menor E. dos. S. J., 15kg de drogas que foram encaminhadas por Diogo e Rodrigo, de Florianópolis, cujo destinatário era Pitter (em Criciúma), sendo este assessorado por sua companheira, a ré Aline. [...] Em suma, tratava-se de quadrilha devidamente

organizada, com convergência de vontades para a prática da mercancia ilícita de entorpecentes, na qual Aline Orcina Rocha prestava apoio ao companheiro Pitter, cujas atribuições eram, sobretudo, acompanhar e cobrar a chegada de drogas fornecidas por Rodrigo e Diogo.

Demais disso, as alegações da ré, de que não conhecia os interlocutores, de que não sabia que se tratava de drogas a 'mercadoria' encaminhada através do menor apreendido, e de que apenas prestava o favor de realizar a ligação para o seu companheiro, não convencem frente às evidências já apontadas, bem como são derruídas, em parte, pelo depoimento prestado por Pitter na fase policial, dando conta de que os acusados (Rodrigo e Diogo) não era desconhecidos de Aline, uma vez que tiveram considerável convivência com ambos [...] (acórdão proferido na Apelação Criminal nº 2011.0861471, de Criciúma. Desta Relatoria. J. 05/06/2012).

É com base na fundamentação supra, aliada às provas colhidas posteriormente à cisão processual, que merece provimento o recurso ministerial para condenar os réus Diogo e Rodrigo pela prática do crime de associação para tráfico. Por outro lado, deve ser desprovido o pedido absolutório pela defesa em relação à condenação dos réus pela prática do crime de tráfico de drogas. Explica-se.

Conforme se depreende da denúncia, em resumo, Rodrigo Batista e Diogo Correa, visando o comércio ilícito de drogas, teriam contratado o menor E. dos S. J. para realizar o transporte de aproximadamente 16,14 kg de maconha, de Florianópolis à Criciúma, local onde a droga seria armazenada na residência dos corréus Pitter e Aline, para posterior venda. Através de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, a Polícia Militar procedeu à apreensão do menor, antes que os entorpecentes pudessem chegar ao seu destino.

Diante da tentativa frustrada de encaminhamento dos estupefacientes aos réus Aline e Pitter, os próprios acusados Diogo e Rodrigo decidiram se dirigir até Criciúma, na posse de aproximadamente 0,5kg (meio quilo) de maconha, mas foram presos em flagrante pela polícia, que já aguardava a chegada dos réus na rodoviária de Criciúma, também em virtude do monitoramento prévio das conversas telefônicas estabelecidas entre os acusados.

Resumidos os fatos, verifica-se que a materialidade dos delitos de tráfico e associação ao tráfico decorre, assim, do Auto de prisão em flagrante (fl. 02), do termo de apreensão (fls. 12-13), do Laudo de Constatação (fl. 14), do Boletim de Ocorrência (fl. 18), do Laudo Pericial em aparelho celular (fls. 68-73), das interceptações telefônicas (fls. 88-100), bem como pelas provas testemunhais colhidas em ambas as fases processuais.

A autoria dos delitos, da mesma forma, é evidente, e está amparada nos depoimentos colhidos ao longo da instrução criminal que, em conjunto com as demais provas, sobretudo o conteúdo das interceptações telefônicas, fornecem a certeza necessária de que os réus Diogo e Rodrigo, além de se associarem ao tráfico, praticavam o comércio ilícito de drogas.

A testemunha Vandeir Alves, policial militar que acompanhou as investigações e realizou a prisão em flagrante dos réus na data de 18/02/2009, explicou de maneira pormenorizada como ocorreram as duas tentativas de transporte de entorpecentes procedidas pelos acusados.

Segundo explicou o policial, os réus Diogo e Rodrigo, primeiramente, realizaram a tentativa de entrega de aproximadamente 16 kg de maconha por intermédio do adolescente E. dos S. J. e, posteriormente, decidiram fazer a entrega pessoalmente, pelo que viajaram até o município de Criciúma na posse de 0,5 kg (meio quilo) de maconha. Veja-se:

[...] a investigação teve início quando teve o roubo de telefone celular na Distribuidora de Alimentos Copol; que interceptando as ligações deste celular foi descoberto que os acusados estavam utilizando; que no roubo da Distribuidora de Alimentos o acusado Diogo e o menor Eloel foram reconhecidos como sendo os autores; que mais ou menos 15 dias após o roubo foi interceptado uma ligação no celular no qual o menor Eloel estaria vindo de Florianópolis trazendo algo, quando este chegou em Criciúma foi preso portando 16 Kg de drogas, maconha; que foi interceptado várias ligações feitas aos acusados questionado o motivo pelo qual o menor Eloel não teria chegado à Criciúma; que o depoente tem conhecimento que Piter e Aline eram as pessoas que ligavam para os acusados perguntando a respeito do menor Eloel; que em uma conversa interceptada a Aline relatava a prisão do menor Eloel, sendo que os acusados ficaram chateados; que algumas semanas após, a prisão do menor, foi

interceptado uma ligação de Rodrigo afirmando que esta estaria vindo para Criciúma; que os acusados, ao chegarem em Criciúma, proveniente de Florianópolis, foram seguidos pelo depoente e outros policiais; que ao saírem da rodoviária no bairro Paraíso os acusados foram abordados pelos policiais, sendo apreendido uma quantidade de maconha embaixo do banco à frente de Diogo; que ao revistarem o acusado Rodrigo na delegacia foi apreendido mais uma quantidade de droga; que o depoente acredita que Rodrigo assumiu a posse da droga, sendo Diogo afirmava que não a possuía; que na revista pessoal, na bolsa do acusado Rodrigo, foi encontrado cheques que teriam sido roubados na cidade de Araranguá; que Aline em seu interrogatório, na delegacia afirmou que Diogo teria mandado o menor trazer drogas à Piter; já Piter afirmou que conheceu os acusados em uma partida de futebol, sendo que o menor Eloel veio até Criciúma para dormir em sua casa e logo após retornaria; que foi o depoente que acompanhou as interceptações telefônicas do celular furtado que era usado pelos acusados; que Piter e Aline são companheiros; que não se recorda para onde os acusados estavam se dirigindo quando foram presos; que no telefone celular do menor Eloel existiam ligações deste para os acusados e vice-versa; que em uma ligação o acusado Diogo demonstrou preocupação pois no celular do menor ficou registrado o telefone de sua residência; que a droga apreendida com Rodrigo se encontrava dentro de sua cueca; que Diogo e Rodrigo moravam em Florianópolis, entretanto pelas ligações que daria para se presumir que o menor Eloel saiu de Itajaí já com a droga, tendo passado em Florianópolis e após a trouxe para Criciúma; que foi transcrito uma ligação em que Piter estaria preocupado, pois o menor não deveria ter passado em Florianópolis; que com Diogo foi encontrado uma pequena quantidade de maconha em sua roupa; que não se recorda se a droga apreendida com Eloel tinha as mesmas características com aquela apreendida com os acusados; que a maioria das ligações eram feitas entre Diogo e Piter, ou Diogo e Aline, sendo que o depoente não se recorda na utilização de um termo específico para se referir à droga apenas, se recorda em relação a preocupação da apreensão das malas; que foi apreendido dinheiro com os acusados, sendo que Diogo estaria em torno com R\$ 500,00 e Rodrigo em torno de R\$ 200,00, pelo o que se recorda; que nas ligações também foi gravado relatos de roubos feitos em Florianópolis entre os acusados e terceiros; que quando da prisão do menor ocorreram várias ligações entre os acusados, Piter e Aline; que Aline e Piter moravam em Vila Manaus, sendo que a prisão dos acusados ocorreu quando estes estavam indo no sentido da Vila Manaus [...] que prestou depoimento da fase policial, que restou em fls. 02/04; que o chip utilizado no aparelho celular era de propriedade de Rodrigo; que o depoente possui treinamento na academia da Polícia Civil a fim de fazer as transcrições das interceptações, entretanto não é perito e tampouco possui curso específico; que não tem conhecimento que a lei exige a transcrição integral de toda a conversa; que também não tem conhecimento que a lei proíbe a interpretação daquele que transcreve; que já leu a lei relativa à interceptação telefônica; que o depoente não sabe se o acusado tenham algum apelido, entretanto no meio do crime é comum que os bandidos utilizem como

apelido o nome do meliante de trás para frente; que nas transcrições feitas havia transcrição dos nomes dos acusados de utilizando-se a troca de sílabas ("GODIO" e "TERPI"); que não se recorda se ocorreu a identificação de voz dos acusados com aquelas que foram interceptadas; que não tem conhecimento que a lei exige o reconhecimento da voz seja feito após as interceptações; que não se recorda se o CD foi encaminhado ao IGP para se fazer o reconhecimento da voz dos acusados com aquelas interceptadas; que também não se recorda se o Delegado enviou o CD para descrição da IGP; que o taxista foi ouvido na fase policial, que não sabe se este quem dispensou a droga embaixo do banco; que Rodrigo esqueceu o seu celular no carro de Diogo; que não se recorda se os acusados relataram aos policiais que estariam em Criciúma para passar férias; que não tem conhecimento se foi feita acareação entre o acusado Diogo e Aline, tendo em vista possui versões contraditórias" (fls. 332-333)

No mesmo sentido relatou o policial civil Leandro Daitx Bittencourt. Conforme informou a testemunha, após o contínuo monitoramento das conversas telefônicas entre os réus Diogo e Rodrigo em Florianópolis, com os acusados Pitter e Aline, em Criciúma, a polícia conseguiu interceptar tanto o primeiro transporte de entorpecentes empreendido pelos réus com o auxílio do menor E. dos S. J., quanto a segunda tentativa, em que os próprios réus Diogo e Rodrigo foram ao encontro de Aline e Pitter. Relatou a testemunha que os réus foram presos em flagrante na posse de aproximadamente meio quilo de maconha.

As declarações prestadas pelo policial Luciano Dalponte não destoam:

"chegou ao local dos fatos narrados na denúncia, logo após a abordagem dos acusados pelo Delegado e outros policiais, sendo que estavam sendo revistados; que primeiro foi feito a revista preliminar nos acusados e nada foi encontrado; que logo após iniciaram a revista no veículo, sendo encontrado um torrão de maconha no chão do veículo, entretanto não se recorda em qual dos dois acusados a drogas estaria perto; que ao chegarem na delegacia foi efetuado uma revista minuciosa nos acusados, sendo encontrado no poder de um deles mais uma quantidade de drogas, que a droga seria maconha; que o depoente não participou nas investigações relacionadas aos acusados, sendo que no momento da abordagem apenas chegou no local para dar apoio; que o depoente se recorda de os demais policiais responsáveis pela investigação comentarem a respeito da apreensão de uma certa quantidade de drogas em uma casa; que não ouviu os acusados; que os acusados estavam indo em direção ao Bairro Baixadinha, que este bairro não tem haver com a Vila

Manaus" (fl. 331)

Pelo que se retira dos depoimentos dos policiais militares, a prática do comércio ilícito, assim como o ajuste estável e permanente existente entre os acusados com o escopo de traficar drogas é evidente.

Como resultado do monitoramento telefônico, os policiais conseguiram interceptar o transporte de aproximadamente 16 kg (dezesesseis quilos) de maconha, quando os réus Rodrigo e Diogo, combinados previamente, utilizaram-se do adolescente E. dos S. J. para levar os entorpecentes até a cidade de Criciúma, local onde seriam entregues aos réus Aline e Pitter.

Mesmo após terem tomado conhecimento de que o adolescente e as drogas foram apreendidas, os réus Diogo e Rodrigo, visando ainda a prática do comércio espúrio, decidiram ir ao encontro de Aline e Pitter, viajando do município de Florianópolis para Criciúma, levando consigo a quantidade aproximada de 0,5 kg (meio quilo) de maconha, que também não chegou ao destino almejado pelos acusados por terem sido presos em flagrante enquanto se dirigiram à residência de Pitter.

Para corroborar, o conteúdo das interceptações telefônicas procedidas pela polícia militar não deixa dúvidas a respeito do vínculo existente entre todos réus, bem como a prática da narcotraficância.

Sobre o primeiro transporte da droga, que seria efetuado por intermédio do adolescente E. dos S. J., assim ajustaram previamente os réus Rodrigo e Pitter:

Rodrigo Alô!

Pitter Daí Negão?

Rodrigo Quem tá falando?

Pitter É o Terpi. Ei, o Godio tá contigo?

Rodrigo Não! Eu tô em casa pô...

Pitter Tais em casa?

Rodrigo Tô!

Pitter Tu não sabe se ele embarcou o guri ou não?

Rodrigo O...O menor?

Pitter É!

Rodrigo Não sei, eu posso ver pra ti! Daqui a pouco eu to indo lá na...pra casa dele.

Pitter Oh, só tu memo né cara! Porque, pô...O cara tá cu dinheirinho aqui me esperando irmão! Tá ligado?

Rodrigo Claro! Vô fala com ele!

Pitter Claro! Pode cre então!

Rodrigo Ta!

Pitter Valeu! (fls. 88-89)

Após as suspeitas de que o adolescente teria sido preso durante o trajeto, Rodrigo e Pitter voltaram a se comunicar, contando, desta vez, com a participação do réu Diogo, que confirmou que embarcou o adolescente na rodoviária de Florianópolis:

Rodrigo Alô!

Pitter Oh Negão..O Diogo não tá aí Negão?

Rodrigo Peraí, peraí...

Pitter Oh, vai caí meu cartão cara!

Diogo Então!

Pitter Então Godio? E o guri Godio?

Diogo Oh, não chego ainda pô?

Pitter Não chego! Embarcasse ele ontem?

Diogo Oh...Embarquei ele ontem primo!

Pitter Quem? O menor?

Diogo Claro porra!

Pitter Não...Não chego aqui!

Diogo Oh...Embarquei ele ontem sangue bom!

Pitter Então... O menor... O menor... O menor!

Diogo O menor, ele memo pô! (fl. 91)

Por fim, ao tomar conhecimento da apreensão do adolescente, Aline logo entrou em contato com Diogo, que mais uma vez confirmou que realizou o embarque de E. dos S. J. rumo à Criciúma:

Aline Oi!

Diogo Oi!

Aline Escuta!

Diogo Fala!

Aline Hoje cara! Tu acredita?

Diogo Aonde pô?

Aline Tava passando na rádio! Não tem? Os menino vieram fala!

Diogo Aonde? Saindo da rodoviária?

Aline Da rodoviária!

Diogo Puts! Que merda cara! Aí é sugerada ne!

Aline Pô, e o cara foi dizê agora que os taxista ali são tudo P2! Da rodoviária!

Diogo Que são P2? Os taxistas?
Aline Hã hã!
Diogo Bah...O que loucura cara!
Aline Daí como não passô agora vai passar seis hora cara! No...
Diogo Ele foi embarcado! Foi tudo certinho! Foi embarcado! Tudo bonitinho certinho! Tá ligado?
Aline Quem que embarcou ele?
Diogo Eu embarquei ele tudo certinho pô!
Aline Embarca...Embarcasse pelo Santoanjo?
Diogo Hã...Na Santoanjo!
Aline Ah tá! Então foi isso memo!
Diogo Das dez e quarenta pô!
Aline Dez e quarenta! É esse mesmo! (fls. 94-95)

Como se vê, ainda que as conversas mantidas entre os acusados tenham se reservado aos acontecimentos ocorridos no dia 13 de março de 2009, com a prisão do adolescente que transportava os entorpecentes, é evidente o comprometimento existente entre todos os envolvidos para a prática do comércio ilícito de drogas, tanto que, ainda que frustrado o primeiro envio dos 16 kg (dezesesseis quilos) de estupefacientes, nova tentativa foi realizada, desta vez pelos próprios acusados Diogo e Rodrigo, que foram presos em flagrante na posse de 0,5 kg (meio quilo) de maconha, o que torna certa a violação aos arts. 33 e 35, ambos da Lei n° 11.343/06.

A propósito, já decidi esta Segunda Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT E 35 DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ADOLESCENTE ABORDADO PELOS POLICIAIS MILITARES NA POSSE DE DINHEIRO, CRACK (4,8 G) E MACONHA (30 G). [...]
CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ADOLESCENTE QUE REALIZAVA A VENDA DE DROGAS POR ORDEM DO RÉU, RESPONSÁVEL PELA GUARDA E FORNECIMENTO DAS DROGAS. DIVISÃO DOS LUCROS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. (apelação Criminal n° 0000737-94.2010.8.24.0038, de Joinville. Desta Relatoria. J. 17/05/2016).

E também:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS CIRCUNSTANCIADO PELA PRÁTICA INTERESTADUAL E PELO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISOS V E VI, DA LEI

N. 11.343/06). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SENTENÇA QUE ABSOLVEU O ACUSADO EM RELAÇÃO A TAL IMPUTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DETRÁFICO DE DROGAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS PLENAMENTE DEMONSTRADAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS E CIRCUNSTÂNCIAS DA ABORDAGEM QUE ATESTAM QUE O ACUSADO EMPREENDEIA O TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA E COCAÍNA ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO, CONTANDO, PARA TANTO, COM APOIO DE ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal nº 0800914-34.2014.8.24.0119, de Garuva. Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato. J. 08/03/2016).

É de se ressaltar, ainda que os agentes não tenham sido flagrados realizando a mercancia ilícita, o delito de tráfico de drogas possui vários verbos nucleares, o que viabiliza que o agente pratique o referido crime cometendo várias condutas, como no caso em tela, em que os réus transportavam e traziam consigo 0,5 (meio quilo) de maconha, verbos previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sobre o assunto já decidi este Tribunal de Justiça:

A configuração do crime de tráfico de drogas, por certo, independe da abordagem ao acusado no exato momento do ato de compra e venda, uma vez que várias são as ações nucleares capazes de caracterizar a figura delitiva prevista no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Existe, contudo, uma peculiaridade comum a todas as condutas típicas previstas no aludido preceito incriminador, porquanto, seja qual for a modalidade delituosa eleita pelo agente, sempre deverá estar suficientemente comprovada a destinação comercial das drogas apreendidas [...]. (Apelação Criminal nº 2010.054058-1, de Içara. Rel. Des. Torres Marques. J. 19/10/2010).

Não destoa o entendimento desta Segunda Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA (LEI 11.343/06, ARTS. 33, CAPUT, C/C O 40, INC. VI). RECURSO DO ACUSADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE.

PALAVRAS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS MILITARES, ALIADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO DO MATERIAL TÓXICO, QUE PERMITEM ATESTAR A NARCOTRAFICÂNCIA EMPREENDIDA. ACUSADO QUE, EM CONLUÍO COM ADOLESCENTE, FOI FLAGRADO TRANSPORTANDO 111,300 KG DE MACONHA EM VEÍCULO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Para a perfectibilização do tipo penal inserto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 não é necessário que seja o agente flagrado em ato de mercancia, bastando incorrer em um dos dezoito verbos previstos na norma incriminadora. A ausência do confisco de petrechos próprios da narcotraficância também não é critério impeditivo para a configuração do ilícito, uma vez que existe prova suficiente a atestar a destinação do material tóxico apreendido. [...] RECURSOS CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Criminal nº 2015.029106-1, de Tijucas. Rel. Des. Sérgio Antônio Rizelo. J. 23/06/2015).

Além disso, a alegada condição de usuário sustentada pelo réu Diogo não impede o exercício da narcotraficância, porquanto se mostra "perfeitamente possível a coexistência da condição de usuário e traficante, pois a qualidade de usuário pouco importa para a caracterização do delito de tráfico de entorpecente" (ACrim n. 2008.033101-9, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 4.11.2008).

Em reforço:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI N. 10.826/03, ART. 12) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA. CRIME DE TRÁFICO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELOS DEPOIMENTOS DE POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE QUE O ACUSADO NUNCA FOI VISTO VENDENDO DROGA - IRRELEVÂNCIA - CRIME DE CONTEÚDO VARIADO - CONDUTA QUE NÃO CONFIGURA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06, POIS A DROGA NÃO ERA PARA CONSUMO - DESCLASSIFICAÇÃO IMPOSSÍVEL - CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE PENAL. [...]

Ainda que o acusado seja usuário de drogas, tal condição não o exime da responsabilidade penal pelo tráfico de substâncias ilícitas, porquanto praticou uma das condutas previstas no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (Apelação Criminal n. 2015.030410-0, de Imbituba, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 23.5.2015).

Sendo assim, a manutenção da condenação dos réus pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, assim como a condenação pelo cometimento do delito de associação ao tráfico (art. 35, caput,

da Lei de Tóxicos), é medida que se impõe no caso.

O órgão ministerial e a defesa do réu Diogo Correa teceram considerações, ainda, em relação à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Segundo o Ministério Público, o reconhecimento da prática do crime de associação ao tráfico de drogas inviabiliza a aplicação da causa redutora de pena, uma vez que os réus passam, assim, a integrar organização criminosa, circunstância que inviabiliza a concessão da benesse, nos seguintes termos do dispositivo em tela:

Art. 33, § 4º: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"["

Dessa forma, em que pese a primariedade dos apelados (fls. 110-113), assim como a ausência de antecedentes criminais, o provimento dado ao recurso ministerial quanto à condenação dos réus pelo crime de associação ao tráfico impede o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

Assim já decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.[...] DOSIMETRIA. PRIMEIRA ETAPA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE PARA OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. FUNDAMENTO NA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. ART. 42 DA LEI ESPECIAL. TERCEIRA FASE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. PROVA DO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES NA PRÁTICA DELITIVA. COMÉRCIO REALIZADO POR E PARA ADOLESCENTES. CONDUTA QUE EXIGE MAIOR REPREENSÃO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/3 (UM TERÇO). INVIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA E CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO QUE OBSTAM A BENESSE. (Apelação Criminal nº 0000190-29.2015.8.24.0119, de Garuva. Rel. Des. Rodrigo Collaço. J. 28/07/2016).

E não apenas pleiteou o órgão ministerial o afastamento da causa especial de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, como também pugnou pelo reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, por conta do envolvimento de criança ou adolescente na prática delitiva.

Sobre o tema, leciona Luiz Flávio Gomes:

A pena será igualmente aumentada de um sexto a dois terços se a prática do crime envolver (fizer tomar parte, contar com a participação) ou visar a atingir (objetivo de alcançar) criança (menor de 12 anos) ou adolescente (com doze anos completos, porém menor de 18), ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação (alienado mental, enfermo, senil, ébrio, etc.). (Legislação Especial Criminal, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010. P. 273).

Dos autos sobressai evidenciado pelo Boletim de Ocorrência (fl. 18), pelo Termo de Apreensão (fl. 24) e pelo Termo de Declaração (fl. 31), o envolvimento do adolescente E. dos S. J., de 17 (dezessete) anos de idade à época dos fatos, utilizado pelos apelados para realizar o transporte de 16 kg (dezesseis quilos) de maconha entre as cidades de Florianópolis e Criciúma.

Não o suficiente, o tema das conversas telefônicas estabelecidas entre os réus (fls. 88 - 101) é justamente a participação do adolescente E. dos S. J. no esquema criminoso que levaria ao município de Criciúma/SC a grande quantidade de droga enviada da capital catarinense pelos réus Diogo e Rodrigo.

Por conseguinte, além do correto afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, imperioso o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 40, VI, do mesmo diploma legal, em razão do envolvimento de adolescente na prática do comércio ilícito de drogas.

Em caso semelhante, assim se posicionou esta Segunda Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - PALAVRA DOS POLICIAIS FIRMES E COERENTES - APREENSÃO DE "MACONHA" E "ECSTASY" NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO - PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O

CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS - INVIABILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR QUE AS DROGAS SERIAM DESTINADAS AO TRÁFICO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRETENSO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VI DA LEI DE DROGAS - IMPOSSIBILIDADE - PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES NO CRIME COMPROVADA NOS AUTOS - PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS À DEFENSORA NOMEADA - IMPOSSIBILIDADE - VERBA ARBITRADA PELA MAGISTRADA QUE ENGLOBA EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO - RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal nº 0002828-80.2015.8.24.0007, de Biguaçu. Rel. Des. Salete Silva Sommariva. J. 21/06/2016).

Tendo em vista o acolhimento do pleito ministerial para a condenação dos apelados pelo cometimento do crime de associação ao tráfico, o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º e o reconhecimento da causa de aumento disposto no art. 40, VI, ambas da Lei nº 11.343/06, procede-se à reforma da dosimetria da pena aplicada aos réus Diogo e Rodrigo.

Em relação ao crime de tráfico de drogas, na primeira fase dosimétrica, a pena dos réus Rodrigo e Diogo foi fixada no valor mínimo legal pelo Magistrado a quo, diante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Veja-se:

Analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do réu é normal ao delito praticado. O réu não registra antecedentes criminais, aqui entendidos como condenações incapazes de gerar a reincidência. Em razão do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete n.º 444, impossível que se considere negativamente tal circunstância nesta fase, quando da aplicação da pena, inquéritos policiais e ações penais em curso¹. Não há elementos precisos para aquilatar a personalidade e conduta social do acusado. A motivação não é conhecida. Circunstâncias normais. As consequências do fato criminoso, ainda que graves, na medida em que atingem todo o corpo social, são normais ao tipo. A vítima em nada contribuiu para a prática do delito. (fls. 636-637).

Na segunda fase, manteve-se a pena em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por não haver agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas.

Na etapa derradeira, conforme as razões expostas, afasta-se o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena previsto no art. 33, §

4º, da Lei nº 11.343/06 e aplica-se a causa de aumento disposta no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, aumentando-se a reprimenda de ambos os réus em 1/6, o que a torna definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, cada qual fixado no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Pela condenação dos réus pelo cometimento do crime de associação ao tráfico, não havendo circunstâncias judiciais a serem consideradas, tal como observado pelo Juízo a quo, fixa-se a pena-base em relação ao crime de associação ao tráfico em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, o que se mantém na segunda fase de aplicação da pena, pela ausência de agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Observado que a causa de aumento prevista no art. 40, VI, se aplica não somente ao crime de tráfico de drogas, mas, também, ao delito de associação ao tráfico, procede-se igual aumento de 1/6 na terceira fase dosimétrica, fixando-se a reprimenda em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, cada qual em seu valor mínimo legal.

Somadas as reprimendas em concurso material (art. 69, do Código Penal), ficam estabelecidas as penas dos réus Rodrigo Batista Santana e Diogo Correa Teixeira em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 1.516 (mil quinhentos e dezesseis) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Pela quantidade de pena aplicada, o resgate da reprimenda deve ter início no regime fechado (art. 33, § 2º, a, do Código Penal), não havendo lugar à substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos (art. 44 do CP), tampouco à suspensão da pena (art. 77 do CP).

Devem ser mantidas, no mais, as demais cominações estabelecidas na sentença.

Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso interposto pela defesa e pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

Importa destacar, por fim, a nova orientação do Supremo Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 41 e 42, entendendo ser possível o imediato cumprimento da pena, nos casos em que a sentença condenatória é confirmada pelo juízo ad quem.

Sendo assim, conclui-se pela necessidade do início da execução da pena, de modo que o Juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias para o imediato cumprimento da reprimenda, após exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância.

É o voto.