



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
3ª VARA CRIMINAL
 Rua Conde do Pinhal, 2061, Centro, São Carlos - 13560-140 - SP

TERMO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DEBATES E JULGAMENTO

Processo nº: **0002087-84.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Especial da Lei Antitóxicos - Tráfico de Drogas e Condutas Afins**
 Documento de Origem: **BO, OF - 164/2016 - DISE - Delegacia de Investigações Sobre Entorpecentes de São Carlos, 1016/2016 - DISE - Delegacia de Investigações Sobre Entorpecentes de São Carlos**
 Autor: **Justiça Pública**
 Réu: **FABIO DE OLIVEIRA SENA**

Réu Preso

Aos 01 de junho de 2017, às 14:00h, na sala de audiências da 3ª Vara Criminal do Foro de São Carlos, Comarca de São Carlos, Estado de São Paulo, sob a presidência do MM. Juiz de Direito Dr. ANDRÉ LUIZ DE MACEDO, comigo Escrevente ao final nomeado(a), foi aberta a **audiência de instrução, debates e julgamento**, nos autos da ação entre as partes em epígrafe. Cumpridas as formalidades legais e apregoadas as partes, compareceu a Promotora de Justiça, **Drª Neiva Paula Paccola Carnielli Pereira**. Presente o réu FABIO DE OLIVEIRA SENA, acompanhado de defensor, o Drº **Lucas Corrêa Abrantes Pinheiro – Defensor Público**. Iniciados os trabalhos, a pedido do Ministério Público, foi digitalizado aos autos, duas páginas do caderno de anotações apreendido nos autos. A seguir foi o réu interrogado e ouvidas três testemunhas de acusação. **Pelas partes foi dito** que desistia da inquirição da testemunha Tamirys Aparecida Santos de Oliveira, o que foi homologado pelo MM. Juiz. Como não houvesse mais prova a produzir o MM. Juiz deu por encerrada a instrução. **Pelas partes foi dito que não tinham requerimentos de diligências**. Não havendo mais provas a produzir o MM. Juiz deu por encerrada a instrução e determinou a imediata realização dos debates. **Dada a palavra a Drª Promotora:** “MM. Juiz: FÁBIO DE OLIVEIRA SENA, qualificado a fls.163, foi denunciado como incurso no art.33, *caput*, 35, c.c. artigo 40, VI, todos da Lei nº11.343/06, artigo 244-B do ECA, e art.12 da Lei 10.826/03, todos c.c. artigo 69, do CP, porque entre 13.5.16 e 6.12.16, associou-se com a adolescente Ruth Horrana Vieira Yoata Lázaro, para o fim de praticar tráfico de drogas, consistente em manter em depósito, 237 porções de maconha, 128 porções de cocaína e 237 porções de crack. O réu, também por isso, teria corrompido e facilitado a corrupção da adolescente. Na mesma ocasião, FÁBIO possuía e mantinha sob sua guarda uma revólver calibre 38, numerado, de uso permitido, sem autorização legal. Consta que policiais estiveram no local e ali acharam a droga, após denúncia anônima. Viram quando Ruth dispensou pela janela, numa sacola plástico, diversos objetos, entre eles a balança de precisão, três tabletes de maconha, pesando aproximadamente 3,0KG, além de 500 porções de crack, maconha e cocaína. Dentro da casa, no quarto do casal, foi achada pequena porção de entorpecente, além de R\$93,00. Foi determinado o desmembramento do feito em relação a corré, que está em liberdade (fls.304). **A ação é parcialmente procedente**. Em relação ao crime do artigo 35 (associação para o tráfico), não há prova suficiente de que o réu tenha se associado a corré Gisele para a prática do tráfico. Quanto aos demais crimes, a ação é procedente, qual seja, artigo 33, c.c. 40,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

3ª VARA CRIMINAL

Rua Conde do Pinhal, 2061, Centro, São Carlos - 13560-140 - SP

VI, da Lei de Tóxicos, artigo 244-B do ECA, e artigo 12 da lei de armas. A materialidade está comprovada pelo auto de apreensão de fls.195, R\$93,00 em dinheiro, apreensão da arma (fls.196 e 197/198), fotos de fls.199/202, fls.203 (eppendorfs), fls. 204 e 206 (tijolos de maconha), laudo pericial da droga (fls.207/225), laudo pericial da arma (fls.226), vários sacos fechados transparentes, uma balança de precisão, um caderno com anotações de tráfico, exibido na presente audiência. Os policiais confirmaram que tinham denúncia que no local dos fatos ocorria o tráfico. Para lá compareceram e ali, tão logo a menor Ruth percebeu a presença dos policiais passou a dispensar a droga, que estava numa sacola, assim como a arma. Dentro da sacola tinha vultosa quantidade de droga, três tablets de maconha, revólver municiado, balança de precisão, vários invólucros de maconha, crack e pinos de cocaína. No momento acabou informando aos policiais que a droga pertencia ao seu amásio Fábio, assim como a arma. No mesmo sentido o seu depoimento prestado na Vara da Infância (fls.308). Tanto Ruth sabia do envolvimento do amásio com o tráfico, e é bem possível que participava do tráfico, pois assim que os policiais chegaram tentou se desfazer da droga. Além do mais, parte da droga, segundo os policiais e a própria menor, estava no guarda-roupa do quarto, onde Ruth morava com o réu. O réu tinha ciência que Ruth tinha 15 anos, conforme informação desta última em juízo, e mesmo assim guardava droga em enorme quantidade no local dos fatos. Assim, a versão do réu de que Ruth não sabia que tinha droga no local não procede, sendo que tinha um relacionamento já por 1 ano e 5 meses. O réu tem condenação anterior pelo crime de tráfico perante a 2ª Vara e apesar de não ter transitado em julgado, demonstra que o mesmo tem envolvimento com entorpecente, sendo que os policiais da DISE já o conheciam por envolvimento com drogas. A quantidade de droga é considerável, evidenciando que a droga era destinada ao tráfico. **Também em relação ao crime de corrupção de menores**, o mesmo restou configurado. Tal delito possui natureza formal, não sendo necessário a sua configuração a prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos. **Nesse sentido é o entendimento em decisão recente do STJ, de 28.05.2013, no agravo regimental em recurso especial nº 1.371.942 –SP (2013/0063524-6).** Ante o exposto, requeiro a condenação do réu conforme manifestação anterior, devendo ser fixado o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, não sendo o caso de aplicação do tráfico privilegiado, considerando-se a quantidade de droga apreendida, que conforme informou o policial Osmar tem valor de entre R\$5.000,00 a R\$6.000,00. **Dada a palavra à DEFESA:**“MM.Juiz, O Ministério Público pede a absolvição do réu quanto ao delito de **associação para o tráfico**. Com razão, neste ponto, o fiscal da lei. Faltam provas da associação em si e ainda do ânimo estável da associação. Requer-se a absolvição com fundamento no artigo 386, VII, do CPP. Daqui em diante, é diverso o entendimento da Defensoria Pública. O crime de **corrupção de menores** imputado não deve igualmente ser reconhecido. A prova não demonstra conduta dolosa do réu no sentido de corromper a companheira. Também não comprova a afirmação da denúncia de que Ruth fora colocada para “armazenar” e “embalar” drogas. Havia ônus específico de provar e dele a promotoria não se desincumbiu. Além da manifesta fragilidade da prova, teoricamente a natureza formal do delito também não altera a falta de provas do elemento subjetivo, outro ônus do Ministério Público. “Resultado” e “conduta dolosa” são, pois, dois planos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
3ª VARA CRIMINAL

Rua Conde do Pinhal, 2061, Centro, São Carlos - 13560-140 - SP

distintos de análise da estrutura dogmática do delito. A absolvição por falta de provas do elemento subjetivo (dolo) não viola, por isso, a súmula 500 do STJ, que afirma ser formal o delito (classificação quanto ao resultado). Requer-se, portanto, a absolvição quanto à corrupção de menores, sublinhando-se que a imputação do artigo 40, VI, da Lei 11.343/2006 configura, nesse contexto, *bis in idem*. Já sobre o **tráfico de drogas** e sobre a **posse irregular de arma de fogo**, observa-se que o réu confessou que guardava a droga e a arma para um traficante. Guardar era um meio de obter dinheiro para cuidar de si e da mulher, uma garota de 16 anos que estava grávida. Referida garota, Ruth, hoje foi ouvida com a criança no colo, recém-nascida. O direito penal é seletivo e incide sobre a pobreza de maneira preferencial. A culpabilidade aqui, em razão das circunstâncias concretas é reduzidíssima e não gravíssima como afirma a acusação. Tem pleno sentido postular a aplicação do reconhecimento de **fatores de vulnerabilidade** capazes de influenciar para menor a pena. A culpabilidade por vulnerabilidade, cunhada por Zaffaroni em substituição à teoria da co-culpabilidade, é um referencial material que substitui a ideia metafísica de livre arbítrio. Se o réu tinha ou não livre arbítrio e se era possível fazer outra escolha naquelas condições de vida não sabemos, mas a prova demonstra que havia circunstâncias – pobreza, gravidez na adolescência, desemprego, baixa escolaridade – passíveis de consideração favorável no momento da dosimetria da pena. Pois bem. Apesar da quantidade de drogas apreendida (circunstância judicial - artigo 42 da Lei de Drogas) e da arma de fogo escondida, as condições de vulnerabilidade já referidas recomendam a aplicação de pena mínima na primeira fase de dosimetria de cada crime. Depois, deve se aplicada a atenuante da confissão. Na terceira fase, pugna-se pela redução máxima de 2/3 em razão do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006. A quantidade de drogas já dosada na primeira fase não poderá voltar a influir na terceira, em razão do *bis in idem*. Nesse sentido, entendimento consolidado pelo STJ (tese 16 do caderno 45 da ferramenta “jurisprudência em teses” do STJ). O crime de tráfico “privilegiado” é comum, conforme a posição íntegra, estável e coerente do STF (HC 118.533/MS) e do STJ (cancelamento da súmula 512 do STJ). Condenações sem trânsito em julgado não devem configurar maus antecedentes em homenagem à presunção constitucional de inocência. Sobre o concurso, considerando o verbo “guardar”, comum aos dois crimes – tráfico e posse irregular de arma de fogo -, e a única conduta produzindo dois ou mais resultados, requer-se a aplicação do concurso formal e não do concurso material, exceto se a contagem do juízo levar a exasperação que torne o concurso formal mais grave que o material. Assim, pede-se, em síntese, pena mínima para os crimes de tráfico privilegiado e posse irregular de arma de fogo, ambos confessados pelo réu, e absolvição dos crimes de corrupção de menores e associação para o tráfico. Argumenta-se ainda contra o *bis in idem* da imputação do crime do art. 244-B do ECA concomitantemente com o art. 40, VI, da Lei de Drogas. Sublinha-se, por oportuno, que, ao contrário do quanto afirmado pelo Ministério Público nos debates, o réu não tem condenação anterior na 2ª Vara Criminal, mas desclassificação que conduziu ao oferecimento de transação penal, incapaz de produzir qualquer efeito prejudicial neste caso. Requer-se, por fim, pena mínima, benefícios legais, notadamente pena alternativa (crimes comuns) e a concessão do direito de recorrer em liberdade. **Pelo MM. Juiz foi proferida a seguinte sentença:** “FÁBIO DE OLIVEIRA SENA, qualificado a fls.163, foi denunciado como incurso no art.33, *caput*, 35, c.c. artigo 40, VI, todos da Lei nº11.343/06, artigo 244-B



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

3ª VARA CRIMINAL

Rua Conde do Pinhal, 2061, Centro, São Carlos - 13560-140 - SP

do ECA, e art.12 da Lei 10.826/03, todos c.c. artigo 69, do CP, porque entre 13.5.16 e 6.12.16, associou-se com a adolescente Ruth Horrana Vieira Yoata Lázaro, para o fim de praticar tráfico de drogas, consistente em manter em depósito, 237 porções de maconha, 128 porções de cocaína e 237 porções de crack. O réu, também por isso, teria corrompido e facilitado a corrupção da adolescente. Na mesma ocasião, FÁBIO possuía e mantinha sob sua guarda uma revólver calibre 38, numerado, de uso permitido, sem autorização legal. Consta que policiais estiveram no local e ali acharam a droga, após denúncia anônima. Viram quando Ruth dispensou pela janela, numa sacola plástico, diversos objetos, entre eles a balança de precisão, três tablets de maconha, pesando aproximadamente 3,0KG, além de 500 porções de crack, maconha e cocaína. Dentro da casa, no quarto do casal, foi achada pequena porção de entorpecente, além de R\$93,00. Foi determinado o desmembramento do feito em relação a corré, que está em liberdade (fls.304). Recebida a denúncia (fls.330), após notificação e defesa preliminar, foi realizada hoje, audiência de interrogatório e inquirição de três testemunhas de acusação, havendo desistência quanto a testemunha Tamirys. Nas alegações finais o Ministério Público pediu a absolvição em relação ao crime de associação para o tráfico e a condenação com relação aos demais crimes. A defesa pediu pena mínima para os crimes de tráfico privilegiado e posse irregular de arma de fogo, ambos confessados pelo réu, e absolvição dos crimes de corrupção de menores e associação para o tráfico. **É o relatório. D E C I D O. a) quanto ao tráfico:** A materialidade do crime está provada pelos laudos de fls.213/224. O réu é confesso e a prova oral reforça o teor da confissão. Não há dúvida de que o réu mantinha em depósito e guardava para terceiro toda a droga mencionada na denúncia, mediante o recebimento de valores em contrapartida, segundo ele mesmo afirmou. **b) quanto a associação para o tráfico:** como bem observado pelo Ministério Público, não há provas de que o réu e a adolescente se associaram, em caráter estável, para o cometimento do tráfico. Tampouco existe prova de que o réu se associou com Gisele para a prática do delito, observando que Gisele não é acusada pelo crime de associação. O réu afirma que a menor não sabia do delito e a menor Ruth afirmou que o réu pegou sozinho a droga. Quando ela percebeu, a droga já estava lá dentro da casa. A conduta de trazer a droga para a residência e ali mantê-la em depósito, somente pode ser atribuída ao réu, na sua origem, não se podendo falar, na falta de provas, em crime de associação quando, aparentemente, teria sido praticado, ao menos na origem, por uma única pessoa. Com relação a Gisele, também o réu afirma que esta não sabia do que ocorria no local. **c) com relação ao crime do artigo 12 da Lei de armas:** o réu é confesso. A prova oral reforça o teor da confissão. A condenação é de rigor, observando que a arma era apta a disparar (fls.225/226). **d) com relação ao crime de corrupção de menores:** a denúncia descreve a prática de tráfico envolvendo menor. A Lei de drogas prevê a incidência de causa de aumento neste caso. É o artigo 40, VI, da Lei 11.343/06: “sua pratica envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação”. Trata-se de norma específica que agrava o tráfico em um sexto a dois terços. Tal causa de aumento está capitulada na denúncia, e deve ser reconhecida porque a menor Ruth foi vista tentando se livrar do entorpecente que o réu mantinha em depósito. Consequentemente, ela sabia da existência da droga mantinha em depósito pelo acusado. Ela mesma o admitiu, dizendo que quando viu a droga ela já estava lá



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
3ª VARA CRIMINAL

Rua Conde do Pinhal, 2061, Centro, São Carlos - 13560-140 - SP

dentro. A manutenção da droga ali envolveu a menor, que tentou se livrar do entorpecente ao ver a polícia chegar. Se ela não tinha inicialmente vínculo com o crime, acabou sendo envolvida quando tomou conhecimento da presença da droga no local. O crime, então, merece a causa de aumento do artigo 40, VI, da Lei 11.343/06, tão somente pelo fato de a menor ter que conviver com esta situação, consciente dela. Por decorrência lógica, em havendo reconhecimento da incidência desta norma, não se pode reconhecer o crime do artigo 244-B da Lei 8.069/90, posto que é norma genérica em relação ao citado artigo 40, inciso VI, da lei de drogas. É evidente que, se o tráfico envolve menor, a razão do agravamento é justamente a corrupção deste e a necessidade de proteger o adolescente ou criança. Mesmo fim tem o artigo 244-B do ECA, que é a proteção da infância e da juventude. Não pode haver *bis in idem*. Não pode haver dupla punição pelo mesmo fato, em matéria penal. No conflito aparente de normas, aplica-se a regra da lei especial, que prevalece sobre a norma de caráter genérico (artigo 244-B, do ECA). Assim, o crime do ECA não pode ser reconhecido, de forma autônoma, posto que já abrangido pela previsão da lei especial. **e) concurso material:** entre o crime de tráfico (manter em depósito) e o crime da lei de armas (possuir e manter sob sua guarda o revólver) existe concurso material, posto que as condutas são distintas e as penas devem ser somadas. O réu é primário e de bons antecedentes, pois não registra condenação transitada em julgado (fls.358/360). Na certidão de fls.362 o que se tem é a absolvição e desclassificação de um crime para outro da competência do Juizado Especial Criminal com designação de audiência preliminar. Mesmo assim, a quantidade de droga e o fato de o réu estar mantendo o depósito e guardando o entorpecente para terceiros, droga de valores elevados, indica que se dedicava a atividade criminosa, estando ligado a um traficante maior, que o remunerava. Nessas condições, não cabe a redução de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da lei de drogas, posto que havia aparente conjunção de condutas para dedicação ao ilícito (atividades criminosas). Neste sentido, admite a jurisprudência do STJ que *“a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por tráfico de drogas”* (HC 276781/RS, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, J.9.9.14, DJE 25.09.14). No mesmo sentido: “HC 151676/SP, J20.4.10, STJ 6ª Turma, Relator Ministro Og Fernandes). Ante o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação e **condeno** FÁBIO DE OLIVEIRA SENA como incurso no art.33, *caput*, c.c. art.40, VI, da Lei nº11.343/06 e no artigo 12 da Lei 10.826/03, c.c. art.65, III, “d”, do CP, e artigo 69 do CP. Passo a dosar as penas. **a) Para o crime de tráfico:** Atento aos critérios do art.42 da lei de drogas, que determina a preponderância da natureza e da quantidade do entorpecente sobre os demais elementos do artigo 59 do Código Penal, e considerando grande quantidade de droga mantida em depósito, fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal em 06 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa, calculados cada na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizando-se pelos índices de correção monetária. As condições financeiras e sociais da família da menor Ruth não justificam a prática do delito nem a minoração da pena-base, para a qual predomina a natureza e a quantidade de entorpecentes. Pela confissão, reduzo a sanção em um sexto, perfazendo a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, calculados cada na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizando-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
3ª VARA CRIMINAL

Rua Conde do Pinhal, 2061, Centro, São Carlos - 13560-140 - SP

pelos índices de correção monetária. Havendo causa de aumento (artigo 40, VI, da lei de drogas), elevo a sanção em um sexto, perfazendo a **pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal**. A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em **regime fechado**, também considerado proporcional, necessário e adequado para a hipótese concreta, no intuito da reprovação e prevenção contra a prática de novos delitos. Justifica-se também esse regime à luz do artigo 33, §3º, do CP, ainda que fosse considerada inconstitucional, nesse particular, a lei 8.072/90. O tráfico de entorpecente é delito que favorece o aumento da violência e da criminalidade, além de afetar a saúde pública. Regime mais brando não é compatível com a necessidade de garantir a proporcional e adequada sanção. Não é suficiente para a reprovação e prevenção contra a prática de novas infrações. Não representa adequado desestímulo ao ilícito, particularmente no caso de tráfico de drogas. **b) Para o crime da lei de armas:** Atento aos critérios do art.59 do Código Penal, fixo-lhe a pena no mínimo legal de **01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa**, calculados cada na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizando-se pelos índices de correção monetária, já considerada a atenuante da confissão que não pode trazer a sanção abaixo do mínimo. **C) Concurso material:** Somadas as penas, perfaz-se a pena definitiva de **06 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime fechado, 01 (um) ano de detenção, a ser cumprido inicialmente em regime semiaberto** (Considerando que a soma das penas ultrapassa quatro anos e não excede a oito, a pena deste crime deverá ser cumprida inicialmente em **regime semiaberto**, nos termos do artigo 33 e parágrafos, do CP, não sendo possível a manutenção do regime aberto), **mais 610 (seiscentos e dez) dias-multa**, calculados cada na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, atualizando-se pelos índices de correção monetária. Justifica-se custódia cautelar para garantia da ordem pública, pelos razões acima mencionadas e por aquelas constantes as fls.254. O réu, portanto, não poderá apelar em liberdade. Comunique-se o presídio onde se encontra o réu. Não há alteração de regime por força do artigo 387, §2º, do CPP. Decreto a perda do dinheiro apreendido, mas não do imóvel, que não era, comprovadamente, propriedade do acusado. Procede-se ao traslado dos depoimentos hoje colhidos e da sentença para o processo relativo a Giseli. Não há custas nessa fase, por ser o réu beneficiário da justiça gratuita e defendido pela Defensoria Pública. Publicada nesta audiência e saindo intimados os interessados presentes, registre-se e comunique-se. Eu, Carlos André Garbuglio, digitei.

MM. Juiz: Assinado Digitalmente

Promotora:

Defensor Público:

Réu: