

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000271-70.2021.8.05.0049 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JUNIOR MARQUES MERCES SILVA Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça Substituto: ROBERT DE MOURA CARNEIRO Procuradora de Justiça: Cláudia Carvalho Cunha dos Santos ACORDÃO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. TRÁFICO DE DROGAS EM CONTINUIDADE DELITIVA, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – ARTIGO 33, CAPUT, NA FORMA DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL, ARTIGO 35, CAPUT, AMBOS DA LEI FEDERAL DE Nº. 11.343/2006 E; ARTIGO 2º, CAPUT, DA LEI FEDERAL DE Nº. 12.850/2013, APLICADA AO ACUSADO, EM PRIMEIRO GRAU, A REPRIMENDA DE 11 (ONZE) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 05 (CINCO) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 1397 (UM MIL, TREZENTOS E NOVENTA E SETE) DIAS-MULTA. PLEITOS RECURSAIS. I – DO PLEITO DE DETRAÇÃO PENAL. NÃO CONHECIDO. 1. Requer o recorrente seja concedida a Detração da pena. Entretanto, não pode tal pedido ser conhecido por este juízo ad quem, frente à incompetência desta Turma, em fase de conhecimento, conforme o artigo 66 da Lei Federal de nº 7210, a Lei de Execucoes Penais, que atribui a competência de tal pedido ao juízo de execuções. 2. Ademais, o pedido ainda não foi examinado pelo Douto Juízo de Primeiro Grau, seja em fase de conhecimento, seja em executória, motivo pelo qual a análise, neste momento, consistiria em evidente supressão de instância. II – DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, ASSIM COMO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE PARA CONSUMO DE ENTORPECENTES. IMPROVIDO. 1. Requer o apelante a absolvição, com fulcro na insuficiência de provas de todos os crimes dos quais é acusado. Além disso, requer, subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico para aquele de porte para consumo de entorpecentes. 2. Em primeiro lugar, como se verifica de seu interrogatório judicial, o próprio apelante confessou parcialmente os fatos narrados na exordial. Além disso, conforme as provas emprestadas de outros processos nos quais os demais corréus são acusados, diversos diálogos deixam clara a relação de submissão do apelante em relação a Fábio Santana Oliveira, o qual era o líder da organização criminosa. 3. De mais a mais, a suposta condição de usuário do recorrente não contradiz a sua função como vendedor. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a recorrência da figura do “usuário-trafficante”, um indivíduo que, além de comercializar entorpecentes, também os consome. III – DO PEDIDO DE ABSORÇÃO DO DELITO DO ART. 2º, CAPUT E § 2º, DA LEI 12.850/2013 PELO ILÍCITO DO ART. 35, DA LEI 11.343/06 IMPROVIDO. 1. Requer o recorrente, de maneira subsidiária, a absolvição do ilícito do art. 2º, § 2º, da Lei 12.850/13, argumentando que, no contexto dos ilícitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico atribuídos ao apelante, não se pode lhe atribuir outro delito distinto, pois assim se faria com base nos mesmos fatos, o que ofenderia ao princípio do non bis in idem. 2. Mais uma vez, sem razão posto que os dois tipos penais são autônomos, possuindo núcleos verbais e elementos do tipo distintos. Quando as se dão de maneira concomitante, nada há que se falar em bis in idem. IV – DOS DIVERSOS PEDIDOS DE REDIMENSIONAMENTO DE PENA. PROVIDO EM PARTE. 1. A dosimetria de primeiro grau merece reforma. Ocorre que, em primeiro lugar, existe grave contradição na fundamentação que afirma que “A culpabilidade é normal as espécies vedadas em lei, pois as condutas do réu não merecem maior reprovabilidade.” e que “Não há nos autos elementos desabonadores dos Antecedentes e da Conduta Social.” para, um pouco depois, considerar a “ personalidade e a conduta social do

agente". Trata-se de contradição evidente. 2. Além disso, a mera menção direta do artigo 42 da Lei Federal de nº. 11.343/06, sem explicitar como a mesma se encaixaria no caso concreto – ainda mais, depois de afirmar que não pode fazer juízo acerca da quantidade de drogas, visto que o recorrente não fora preso em posse de qualquer entorpecente – não pode fundamentar, genericamente, o aumento na pena-base do recorrente. 3. Desta forma, não se identifica qualquer motivo plausível para que a pena do recorrente, em relação a todos os tipos penais, seja além da mínima legal. 4. Reconhecida também a continuidade delitiva do artigo 71 do Código Penal, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, verifica-se que esta não fora objeto de apelação por parte do recorrente. Nada obstante, a leitura atenta da dosimetria primeva mostra que esta definiu fração acima do mínimo legal de 1/6 (um sexto), sem qualquer fundamentação. Deve ser corrigida a Sentença, ex officio, neste ponto. 5. Por fim, no que concerne ao pedido para a aplicação da causa especial de diminuição de pena presente no artigo 33, § 4º da Lei Federal de nº. 11.343/06, o "tráfico privilegiado", o recorrente está sendo condenado, no curso da presente ação, pelos crimes de associação para o tráfico e organização criminosa, razão pela qual não faz jus ao benefício, tendo em vista o critério de não integrar organização criminosa. 6. Analisados todos os argumentos defensivos, redimensionam-se as penas que, somadas em razão do concurso formal, restam em 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 1293 (mil duzentos e noventa e três) dias-multa. V – DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPROVIDO. 1. Trata-se de prisão preventiva legal, haja vista à gravidade concreta do suposto crime, devendo ser garantida a ordem pública que seria posta em perigo pela liberdade do recorrente. 2. Eventuais alegações acerca das condições pessoais favoráveis do recorrente não seriam suficientes para afastar a necessidade da segregação cautelar, quando presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, como na hipótese. CONCLUSÃO: APELO CONHECIDO EM PARTE, JULGADO NO MÉRITO, PROVIDO EM PARTE NAQUILO CONHECIDO, PARA REDIMENSIONAR SUA PENA DEFINITIVA PARA 11 (ONZE) ANOS, 4 (QUATRO) MESES E 5 (CINCO) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 1293 (MIL DUZENTOS E NOVENTA E TRÊS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, PELOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 33, CAPUT, NA FORMA DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL, ARTIGO 35, CAPUT, AMBOS DA LEI FEDERAL DE Nº. 11.343/2006 E; ARTIGO 2º, CAPUT, DA LEI FEDERAL DE Nº. 12.850/2013, NEGADO RECORRENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, tombados sob nº. 8000271-70.2021.8.05.0049, oriundos da Vara Criminal da comarca de Capim Grosso/BA, tendo como recorrente JUNIOR MARQUES MERCES SILVA e como recorrido o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER EM PARTE da apelação, julgando-a PROVIDA EM PARTE NA EXTENSÃO CONHECIDA, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 5 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000271-70.2021.8.05.0049 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JUNIOR MARQUES MERCES SILVA Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL APELADO: MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça Substituto: ROBERT DE MOURA CARNEIRO Procuradora de Justiça: Cláudia Carvalho Cunha dos Santos

RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal, interposta por JUNIOR MARQUES MERCES SILVA, devidamente assistido por advogados constituídos, contra a referida sentença ao id. 48285506, datada de 09/06/2023, prolatada pelo M.M. Juízo da Vara Criminal da comarca de Capim Grosso/BA, a qual o condenou como incurso nas penas dos artigo 33, caput, na forma do artigo 71 do Código Penal, artigo 35, caput, ambos da Lei Federal de nº. 11.343/2006 e; artigo 2º, caput, da Lei Federal de nº. 12.850/2013, impondo-lhe a reprimenda de 11 (onze) anos, 04 (quatro) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, bem como o pagamento de 1397 (um mil, trezentos e noventa e sete) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Consta dos autos, em suma, que ao final da investigação ministerial denominada "Operação Capinagem", teria restado comprovada a existência de organização criminosa voltada ao comércio de drogas, atuante, entre o ano de 2017 a Agosto de 2019, no município de Capim Grosso/BA, com extensão para cidades de São José do Jacuípe/BA, Ponto Novo/BA, Filadélfia/BA, Caldeirão Grande/BA, Senhor do Bonfim/BA, Serrolândia/BA, Jacobina/BA (distrito do Junco e sede) e Juazeiro/BA. A investigação realizada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado da Bahia (Gaeco), no período entre 01/04/2019 e 30/08/2019, teria identificado os integrantes de uma organização criminosa liderada por um sujeito de nome Fábio Santana Oliveira, o qual comandava gerentes e vendedores, dentre eles o ora apelante, de nome Junior Marques Mercês Silva. Adiciona-se que, no contexto das investigações, após deferimento judicial de medidas quebra dos sigilos telemáticos e telefônicos de membros da organização, foram interceptadas comunicações indicando que a citada organização criminosa seria responsável pela distribuição de drogas nos municípios acima esposados, sendo os valores arrecadados utilizados para aquisição de armamentos, munições e mais entorpecentes, tudo voltado à ampliação do domínio territorial da organização. Neste diapasão, o parquet ofereceu denúncia em desfavor do recorrente, ao id. 48284848, págs. 4/21, datada de 16/12/2019, argumentando que Junior Marques Mercês Silva seria responsável pela venda de drogas no município de Capim Grosso/BA, sendo que, no dia 05/08/2019, teria aquele encaminhado mensagens de texto a Fábio Santana Oliveira, de forma cifrada, via aplicativo de mensagens, detalhando suas as ações, bem como prestando contas do comércio. Ademais, nos dias 05, 07, e 11 de Agosto de 2019, teria encaminhado comprovantes de depósitos bancários com valores referentes a venda de drogas. Nestes termos, a denúncia fora recebida via decisão interlocutória, ao id. 48284835, págs. 99/102, datada de 03/06/2020. Decisão de ID 48284832, págs. 1/3 destes autos determinou o desmembramento do processo em relação ao suplicante. Deflagrada a marcha processual, adveio sentença penal condenatória, decretando a procedência da ação, conforme supracitado. Ciente do teor da sentença, o apelante não se resignou com o decisorio, juntando as razões do presente recurso de apelação ao id. 48285520, datadas de 26/06/2023, nas quais requereu: I – a absolvição por ausência de provas, com base no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal Pátrio; II – a desclassificação do tipo 33 da Lei de Drogas para o artigo 28 do mesmo diploma legal, em razão da condição de usuário; III – a absolvição do delito de organização criminosa, previsto no artigo 2º, caput e § 2º, da Lei Federal de nº. 12.850/2013, tendo em vista a sua absorção pelo ilícito de associação para o tráfico, nos

termos do artigo 35, da Lei Federal de nº. 11.343/06; IV – em caso de condenação, a fixação da pena base em seu mínimo legal; V – o reconhecimento da causa de diminuição de pena do privilégio do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, o chamado “tráfico privilegiado”, no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços); VI – o estabelecimento do regime de pena inicial em aberto; VII – a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal; VIII – a detração penal nos termos do artigo 42 do Código Penal; IX – o direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público, igualmente inteirado da decisão, abstém-se de interpor recurso próprio. Entretanto, ficando a par das razões do recorrente, apresenta suas contrarrazões, ao id. 48285529, datadas de 21/07/2023, nas quais, em suma, tenciona refutar os argumentos da peça defensiva, requerendo seu improvimento e consequente manutenção da sentença vergastada. Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, esta se manifestou por meio do parecer ao id. 49311522, datado de 17/08/2023, argumentando pelo conhecimento e improvimento do apelo defensivo. Relatados os autos, encaminhei-os ao Douto Desembargador Revisor, a qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000271-70.2021.8.05.0049 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JUNIOR MARQUES MERCES SILVA Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça Substituto: ROBERT DE MOURA CARNEIRO Procuradora de Justiça: Cláudia Carvalho Cunha dos Santos VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, conheço dos mesmos, exceto pelos pedidos de concessão da Gratuidade Justiça e da Detração Penal, pelos motivos que serão expostos. I – DESCONHECIMENTO DO PLEITO DE DETRAÇÃO PENAL. Requer o recorrente Junior Marques Mercês Silva seja concedida a Detração da pena. Entretanto, não pode tal pedido ser conhecido por este juízo ad quem, frente à incompetência desta Turma, em fase de conhecimento, conforme o artigo 66 da Lei Federal de nº 7210, a Lei de Execucoes Penais, que atribui a competência de tal pedido ao juízo de execuções, bem como reafirma a jurisprudência atual: Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) III – decidir sobre: (...) c) detração e remição da pena; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA COMPUTADO COMO PENA EFETIVAMENTE CUMPRIDA. DUPLA DETRAÇÃO. ARTIGO 42 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer, ainda, que o § 2º do art. 387 do CPP dispõe que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. O referido preceito normativo não se refere à progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, à possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal. 2. A legislação penal não determina a consideração, em duplicidade, do art. 42 do CP, na sentença e na fase da sua execução. Assim, são duas as situações diferentes que podem surgir, a depender da autoridade que realizou a

detração penal. 3. As alterações trazidas pelo referido diploma legal não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência. 4. Pela leitura do acórdão recorrido, verifica-se que, possuindo o acusado três condenações definitivas, houve a unificação das reprimendas para se aferir o regime prisional correspondente ao total de sanção, bem assim os benefícios da fase executória, nos termos do parágrafo único do artigo 111 da LEP, in verbis: "sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime". Ficou consignado, também, que o período de prisão preventiva de 07/01/2016 a 03/08/2016 fora descontado do saldo total de pena, ou seja, tal período fora contabilizado como pena efetivamente cumprida. 5. Dessa forma, por mais que se possa debater o momento devido de incidência do instituto previsto no art. 42 do CP, por outro lado, descabe cogitar a sua dupla aplicação, visto que tal providência implicaria em indevido benefício ao reeducando, que cumpriria menos tempo no regime mais severo do que prevê a lei para ser transferido ao modo prisional mais brando. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 2.054.749/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 29/5/2023.) AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE, DE MAIOR ABRANDAMENTO DA PENA PELA TENTATIVA E DE POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. REITERAÇÃO DE PEDIDOS VEICULADOS E JULGADOS EM HABEAS CORPUS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. REQUISITOS NÃO DEBATIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIAS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ante a reiteração de pedidos formulados em favor dos agravantes no HC n. 681.553/SP, de minha relatoria, voltados contra o mesmo acórdão proferido na Apelação Criminal n. 0002398- 71.2017.8.26.0535, não é de ser conhecido o recurso especial no tocante aos pleitos de redução da pena-base, de aumento da fração a ser aplicada pelo reconhecimento da tentativa, bem como de fixação de regime inicial menos gravoso. 2. Os requisitos para a aplicação da detração penal para fim de abrandamento do regime prisional não foram debatidos pelo Tribunal de origem, por entender que o Juízo das Execuções Penais seria o competente para a análise da questão. Desse modo, a ausência de manifestação do Tribunal local acerca da matéria impede a análise do pedido defensivo por esta Corte, ante a ausência do necessário prequestionamento. 3. Ainda assim, o entendimento do Tribunal a quo encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que "apesar de a detração penal poder ser objeto de antecipação na própria condenação, trata-se de matéria de competência do d. Juízo da Execução Penal" (AgRg no HC n. 741.880/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe de 23/6/2022). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 2.026.647/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023.) Ademais, o pedido ainda não foi examinado pelo Douto Juízo de Primeiro Grau, seja em fase de conhecimento, seja em executória, motivo pelo qual a análise, neste momento, consistiria em evidente supressão de instância. Por tais fundamentos, observa-se a incompetência desta Corte, na atual fase processual, para a análise de tal matéria, limitando-se apenas à sua competência residual mínima – “Kompetenzkompetenz” –, para declarar de ofício o não conhecimento dos pedidos relativos à isenção de custas processuais e de detração penal. II

– DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, ASSIM COMO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE PARA CONSUMO DE ENTORPECENTES. Conforme relatado alhures, requer o apelante sua absolvição, alegando serem ausentes as provas de materialidade e autoria delitiva, tudo isso nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Além disso, pede a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei Federal de nº. 11.343/2006. Ante a proximidade dos argumentos utilizados no recurso, conveniente analisar, ambos, no mesmo capítulo deste voto. Neste sentido, inicia alegando que, apesar das provas terem sido colhidas no âmbito da “Operação Capinagem”, referenciada ao relatório do presente voto, o parquet não teria citado tal operação para comprovar que o recorrente teria sido apreendido em posse de entorpecentes. Além disso, afirma que as pessoas que realizaram colaboração premiada nos autos, as senhoras Marcia Santana Moreira e Joice Valda Nascimento Souza, não apontaram qualquer conduta do recorrente na organização criminosa, sequer citaram seu nome, muito embora tenham apontado outras pessoas e suas funções. Aliás, segundo pondera o apelante, nenhuma das pessoas presas ao longo da persecução penal indicou seu nome: OITIVA DE MARCIA SANTANA MOREIRA, RÉ-COLABORADORA, EM 29/03/2019: "(...) Aos vinte e nove dias do mês de março do ano de dois mil e dezenove, 15:30h horas, na sede da Delegacia de Polícia do Município de Capim Grosso, na presença a Promotora de Justiça de Capim Grosso, Cíntia Campos da Silva do defensor dativo Daniel Novais, OAB/BA n 36978 e do policial civil José Menardo, a Sra. Marcia Sentana Moreira, tendo sido dito que: a Sra. Marcia confirma que de foma espontânea e voluntária decidiu informar ao Ministério Público as informações que tem conhecimento sobre a organização criminosa liderada por “Panda”, que confirma todas as declarações que prestou nos dias 12 e 13 de março do ano de 2019 sobre a organização criminosa, seus integrantes, forma de distribuição da droga; a Promotora de Justiça indagou a Sra. Marcia sobre as contas bancárias que já fez depósito em favor de "Panda", tendo esta declarado que "Panda" lhe enviava pelo Whatsapp fotos de cartões ordenando que fizesse o depósito, que todas as contas eram da Caixa Econômica Federal, recordando 06 nomes da Valdenitacn, Antonio, Vagner e Uérica; que se recorda que o cartão selecionado à Uérica era do bolsa família, que já chegou & fazer depósitos nos montantes de R\$ 8 .000,00 e R\$ 5 .000,00 Nada mais foi dito, tendo sido encerrada à presente audiência. (...) "OITIVA DE MARCIA SANTANA MOREIRA, RÉ-COLABORADORA, EM 13/03/2019: "(...) Aos treze dias do mês de março de dois mil e dezenove, na sede da Delegacia de Polícia do Município de Capim Grosso, a Promotora de Justiça, Cintia Campos da Silva, na presença do Capitão da Polícia Militar, Walter de Almeida Silva Junior, e do policial civil José Menardo Junior, e da Flagranteada Marcia Santana Moreira, realizaram consulta no aparelho de telefonia celular desta, apreendido no dia 02.03.2019, tendo sido que: foram identificados os números de telefonia móvel 74 – 9816-4337 e 9970-3584 utilizados pelo indivíduo de alcunha “Panda”, o qual está custodiado no Presídio Regional de Juazeiro; o número 74 – 9906-9607 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Capacete "; o número 74 – 8112-2638 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Tosca "; o número 74 – 9906-9607 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Capacete "; o número 75 – 9876-0472 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Patrik "; o número 71 – 9903-8624 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Everaldo "; o número 67 – 9887-0760 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Nanem Zoim "; o número 74 – 9949- 8368 utilizado pelo indivíduo de alcunha "Granada "; o número 74 – 9105-6003 utilizado pelo indivíduo de

alcunha" Maria "; o número 74 – 9103–3532 utilizado pelo indivíduo de alcunha" Caskinha Refri "; o número 74.– 8107–4365 utilizado pelo indivíduo de alcunha" Gilson"; o número 74 – 9120–2154 utilizado pelo indivíduo de alcunha" Daniel"; o número 11 – 93042–0055 utilizado pelo indivíduo de" Serrolândia "; o número 74.– 9810–1235 utilizado pelo indivíduo de alcunha" Motel "; o número 74 – 99144–2013 utilizado pelo indivíduo de alcunha" Gildaziu "; a Flagranteada Marcia Santana Moreira declarou que os números destes indivíduos foram lhe passados por" Panda "como contatos de pessoas que ele lhe ordenaria entregar drogas; a Flagranteada Marcia Santana Moreira declarou que efetivamente entregou drogas a estas pessoas ao menos uma vez por ordem de" Panda ". Nada mais foi dito, tendo sido encerrada a presente ata. (...)"OITIVA DE JOICE VALDA NASCIMENTO SOUZA, RÉ–COLABORADORA, EM 29/03/2019:"(...) Aos vinte e nove das do mês de março do ano de dois mil e dezenove, às 15:30h horas, na sede da Delegacia de Polícia do Município de Capim Grosso, na presença da Promotora de Justiça de Capim Grosso, Cíntia Campos da Silva, do defensor dativo Daniel Novais, OAB/BA n. 36978 e do policial civil José Menardo, a Sra. Joice Valda Nascimento de Souza, tendo sido dito que a Sra. Joice Valda confirma que de forma espontânea e voluntária decidiu informar o Ministério Público as informações que tem conhecimento sobre & organizção criminosa liderada por "Panda", que confirma todas às declarações que prestou nos dias 12 e 13 de março do ano de 2019, sobre à organizção criminosa, seus integrantes, forma de distribuição da droga, locais onde já pegou munição e homicídios relacionados ao grupo; a Sra. Joice Valda deseja acrescentar as seguintes informações: 01) que Rodrigo, vugo Rodriguinho, residente na Rua Francisco Gomes, próximo ao bar de "Touca Branca" e o colégio CETEP, no bairro Vicente Ferreira, filho da Conselheira Tutelar Valdirene, também integra associação liderada por"Panda", que Rodriguinho fica com uma arma de calibre .38 sob as ordens de"Panda", 02) que quando"Panda" foi preso no mês de abril do ano de 2018 em Capim Grosso, este ficou inicialmente custodiado na Delegacia de Jacobina e depois foi transferido para a delegacia de Capim Grosso, que ao ser transferido para o Presidio de Juazeiro, a advogada Ludmilia Rios lhe disse que o delegado Dr. Humberto tinha pedido à quantia de R\$ 500,00 para colocar gasolina na viatura, pois, em razão do feriado, não tera como transferir por não ter gasolina na viatura; que entregou a quantia de R\$ 500,00 nas mãos da advogada na frente do seu escritório; 03) que tem conhecimento que o fornecedor de drogas de "Panda" foi preso recentemente no Município de Pé de Serra; 04) que já entregou droga para a pessoa de pré-nome Sheila, irmã da conselheira tutelar Leila, a qual tem um bar no bairro São Luíz, a mando de"Panda"; que tem conhecimento que Sheila e "Panda" mantinham contatos; a Promotora de Justiça indagou a Sra. Joice Valda sobre as contas bancárias que já fez depósito em favor de "Panda", tendo esta declarado que "Panda" Ihe enviava pelo Whatsapp fotos de cartões, ordenando que fizesse o depósito, que todas as contas eram da Caixa Econômica Federal, recordando os nomes de Maison, Valdenilson Vagner, genitora de "Panda", que se recorda que alguns eram de bolsa família. lembrando o nome de Uárica: que já chegou a depositar a quantia de R\$ 20 000,00 em um só depósito. Nada mais foi dão. tendo sido encerrada a presente audiência. (...)"OITIVA DE JOICE VALDA NASCIMENTO SOUZA, RÉ–COLABORADORA, EM 13/03/2019:"(...) Aos treze dias do mês de março de dois mil e dezenove, na sede da Delegacia de Polícia do Município de Capim Grosso, na presença do Major da Polícia Militar, Diogenes de Medeiros Rocha, Capitão da Polícia Militar, Walter de Almeida Silva Junior, do

policia civil José Menardo Junior, tendo sido dito que: foram colhidas declarações complementares de Joice Valda Nascimento de Souza, as quais foram gravadas por meio do sistema audiovisual; a Flagranteada permitiu acesso ao seu aparelho de celular apreendido no dia da sua prisão, tendo sido identificados os seguintes o número de telefonia móvel 74 – 8855-3832 utilizado. pelo indivíduo de vulgo Marcos André; o número de telefonia móvel 67- 9887-0760 utilizado pelo indivíduo de vulgo Nenem Zoio; o número de telefonia móvel 74 – 99367884 utilizado pelo indivíduo de vulgo Quineu ou Seu Paço; o número de telefonia móvel 74 – 8 1122638 utilizado pelo indivíduo de vulgo Valdeir; a Flagranteada Joice Valda Nascimento de Souza declarou que os números destes indivíduos foram lhe passados por" Panda "como contatos de pessoas que ele lhe ordenaria entregar drogas. Nada mais foi dito, tendo sido encerrada a presente audiência. (...)” Segue reiterando o recorrente que, além de não ter sido preso em flagrante na posse de qualquer entorpecente, o Ministério Público do Estado da Bahia também teria falhado em apresentar qualquer prova de que seja membro de associação criminosa, motivo pelo qual, aliás, não seria citado nas investigações dos referidos delitos. Destaca, neste sentido, que, além de não ter materiais ilícitos em sua posse no momento de sua prisão, ao ser interrogado, informou ser meramente um usuário de entorpecentes e que teria entrado em contato com os demais acusados apenas com intuito de comprar tóxicos: INTERROGATÓRIO JUDICIAL DO RÉU, JUNIOR MARQUES MERCES SILVA, NO PJE MÍDIAS; DISPONÍVEL NA HIPERLIGAÇÃO: [HTTPS://MIDIAS.PJE.JUS.BR/MIDIAS/WEB/AUDIENCIA/VISUALIZAR?ID=1ZGE0Y2M1MZY5ZDYZOGQ5NJEZMGE1ZGY3YTEXNJVIMMNNVE00TNPVMU1NPT0%2C](https://midias.pje.jus.br/midias/web/audiencia/visualizar?ID=1ZGE0Y2M1MZY5ZDYZOGQ5NJEZMGE1ZGY3YTEXNJVIMMNNVE00TNPVMU1NPT0%2C): “(...) Que entende possuir o direito de permanecer em silêncio; perguntado sobre o que tem a dizer acerca da acusação, afirma ser usuário de drogas; que estava devendo certa quantidade; que estava sendo ameaçado por isso; que, neste contexto, chegou a comprar certa quantidade; mas que não teve sequer tempo de pegar; que, mesmo sendo usuário, já vendeu drogas, sim; que não tinha submissão ou era mandado por ninguém na organização; que não era associado a ninguém da organização; que comprava drogas na cidade de Capim Grosso, na mão ‘dos rapazes’; que começou a vender pois usava muita droga e estava devendo certa quantidade; que por dever foi obrigado a vender; que o ameaçaram; que não tinha consciência da existência do processo, até o momento; que ao ter ciência do mesmo resolveu procurar um advogado para resolver o caso, por isso sequer tentou sair da cidade; que é trabalhador, sempre produziu; que começou a vender somente por ficar devendo; que queria que o advogado fizesse “quebrar” o pedido de prisão preventiva para que ele pudesse se apresentar; que nunca tentou sair da cidade; que foi preso em Capim Grosso; que não tentou fugir; que, quando foi preso, não tinha qualquer objeto ilícito em seu poder; que nunca foi preso com drogas, nem nada de suspeito; que a polícia fez uma busca em sua casa, quando foi preso; que não encontraram nada de errado em sua casa; que não estava vendendo drogas, estava trabalhando; que trabalha na roça; que é gesseiro; que sabe trabalhar fazendo isso; que tem uma filha de oito meses; que no momento não dá nada à filha; que começou a produzir artesanatos na cadeia, para poder fazer alguma renda e ajudar a filha; que a mãe da filha é desempregada; que sua irmã trouxe uma réplica de uma casa que o interrogado fez, para poder vender; que está ‘aí fora’ [fora da sala de audiência]; que já tem muito tempo preso, cerca de quatro meses; que por isso aprendeu a fazer artesanato para poder fazer uma renda e manter a filha; que, quando sair da cadeia, tem interesse em se tratar para parar de usar drogas; (...)” Postos tais argumentos, requer a reforma da

sentença para que seja absolvido, com fulcro na insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, de todos os crimes dos quais é acusado, quais sejam, aqueles tipificados ao artigo 33, caput, na forma do artigo 71 do Código Penal, artigo 35, caput, ambos da Lei Federal de nº. 11.343/2006 e; artigo 2º, caput, da Lei Federal de nº. 12.850/2013. Além disso, um pouco a frente, na sua apelação, curiosamente, segue o apelante para requerer a desclassificação do crime de tráfico para aquele de porte para consumo de entorpecentes, nos termos do artigo 28 da Lei Federal de nº. 11.343/2006, muito embora tenha alegado, algumas páginas antes, que sequer fora preso em posse de qualquer entorpecente. Neste sentido, lembra o apelante que, conforme o § 2º do citado artigo, o Magistrado deve avaliar a natureza e a quantidade da substância apreendida, além do local e as condições da apreensão, a conduta social e os antecedentes do agente, para determinar se o caso se este se trata de um mero usuário ou um traficante de entorpecentes: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Em primeiro lugar, como se verifica de seu interrogatório judicial colacionado um pouco acima, o próprio apelante confessou parcialmente os fatos narrados na exordial acusatória, deixando claro que, apesar de sua suposta condição de usuário de drogas, em determinados momentos, chegou a vender os entorpecentes, tendo em vista que devia dinheiro para a organização criminosa que fora objeto das citadas investigações do GAECO, muito embora tenha negado fazer parte da referenciada organização. Neste diapasão, complementam os contra-argumentos do Douto Ministério Público do Estado da Bahia que, conforme as provas emprestadas de outros processos nos quais os demais corréus são acusados – pertinente lembrar que o recorrente se colocou, em certo momento, na condição de foragido, o que gerou a suspensão processual e o desmembramento dos presentes autos –, originadas em quebra de sigilo telemático e telefônico dos acusados, diversos diálogos deixam clara a relação de submissão do apelante em relação a Fábio Santana Oliveira, o qual era o líder da organização criminosa, conforme, inclusive, as declarações das colaboradoras, juntados um pouco acima. Por exemplo, as investigações revelam que, no dia 05/08/2019, o apelante conversou com Fábio Santana Oliveira, através de mensagens da rede social "WhatsApp", falando, de maneira enigmática, acerca do comércio de drogas, que o "chá dele é de qualidade, que o pessoal tá tudo querendo, procurando", que "Num pode deixar o açougue sem carne", que "irá no açougue vê como está e buscar o dinheiro" e "que vai também vê como é que está o 'arroz'". Informou que "já está com R\$ 1.000 reais do 'açougue' dessa semana e na próxima encaminhará mais R\$ 600,00", tudo isso, no Relatórios de Análise n. 002/2019-GAECO/MPBA às fl. 140/144 do id. 48284834: "Interlocutor 1: Fábio Santana Oliveira, Vulgo 'Panda' Interlocutor 2: N Junior 03/08/2019 21:20 (Interlocutor 2): "OY" "OY" "OY", 03/08/2019 21:28 (Interlocutor 1): To 03/08/2019 21:28 (Interlocutor 1): kk 03/08/2019 21:31 (Interlocutor 2): "OY" "OY" "OY", 04/08/2019 08:31 (Interlocutor 1): Bom dia meu fiu 04/08/2019 08:34 (Interlocutor 2): Bom dai pra nos kkkkk 05/08/2019 10:38 (Interlocutor 2): PTT-20190805-WA109.opus Degravação: interlocutor diz que a hora de ganhar dinheiro é

agora. Que o chá que está rolando é de má qualidade e que tem deixado o pessoal doente. Mas o dele é de qualidade, que o pessoal tá tudo querendo, procurando. 05/08/2019 10:41 (Interlocutor 2): PTT-20190805-WA115.opus Degravação: "Num pode deixar faltar, se não o pessoal desacredita" 05/08/2019 10:41 (Interlocutor 2): [ininteligível] 05/08/2019 10:45 (Interlocutor 2): PTT-20190805.opus Degravação: "Num pode deixar o açougue sem carne". Interlocutor informa que irá no açougue ver como está e buscar o dinheiro. Que vai também vê como é que está o "arroz". Que já está com 1000 reais do açougue dessa semana. Na outra quinta-feira ou antes, vai mandar mais 600. 05/08/2019 10:47 (Interlocutor 1): Podi nao 05/08/2019 10:48 (Interlocutor 2): [ininteligível] 05/08/2019 10:48 (Interlocutor 2): Viu fica com Deus aã valeu 05/08/2019 12:02 (Interlocutor 1): Fico..700 05/08/2019 12:04 (Interlocutor 2): Viu [ininteligível] 05/08/2019 12:04 (Interlocutor 1): [ininteligível] 05/08/2019 15:31 (Interlocutor 2): PTT-20190805.WA0324.opus Degravação: interlocutor informa que está com mais um dinheiro, uns 300 reais ou mais. 05/08/2019 15:31 (Interlocutor 2): PTT-20190805.WA0323.opus – Interlocutor informa que tem mais dinheiro. 05/08/2019 15:44 (Interlocutor 2): PTT-20190805.WA0327 As imagens dos comprovantes destes pagamentos estão acostadas aos autos. Assim, a riqueza probatória acostada aos presentes autos não deixa restar qualquer dúvida plausível de que o recorrente fazia parte dessa organização criminoso voltada para o tráfico de entorpecentes e que, nesta, possuía função determinada de realizar a venda de tóxicos. Portanto, entende-se que, em relação aos delitos previstos ao artigo 33, caput, na forma do artigo 71 do Código Penal, artigo 35, caput, ambos da Lei Federal de nº. 11.343/2006 e; artigo 2º, caput, da Lei Federal de nº. 12.850/2013, nada há que se falar em absolvição por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal. De mais a mais, a suposta condição de usuário do recorrente não contradiz a sua função como vendedor. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a recorrência da figura do "usuário-trafficante", um indivíduo que, além de comercializar entorpecentes, também os consome: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO DO DENUNCIADO PELO DELITO DESCRITO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 – SENTENÇA REFORMADA – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – REGIME INICIAL SEMIABERTO – RECURSO PROVIDO. O conjunto das provas produzidas nos autos aponta indubitavelmente que o denunciado praticou o delito de tráfico de drogas, impondo-se a condenação do mesmo na pena do art. 33, caput, da Lei 11.343/06. A quantidade de droga apreendida, além da balança, papel filme, dinheiro encontrado e as condições da prisão são condizentes com a condição de trafficante. Deve-se registrar, ainda, que o simples fato de o apelante ser usuário de drogas não afasta a condição de trafficante, tampouco torna a conduta atípica, pois, como cediço, inúmeros são os casos de traficantes que, além de comercializarem, utilizam as drogas para o consumo, sendo comum a figura do usuário-trafficante. (STJ – AREsp: 1393314 MS 2018/0291928-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 14/02/2019) Passa-se, então, aos pedidos subsidiários. III – DO PEDIDO DE ABSORÇÃO DO DELITO DO ART. 2º, CAPUT E § 2º, DA LEI 12.850/2013 PELO ILÍCITO DO ART. 35, DA LEI 11.343/06 Dando seguimento aos pedidos defensivos, requer o recorrente, de maneira subsidiária, a absolvição do ilícito do art. 2º, § 2º, da Lei 12.850/13. Neste sentido, passa a argumentar que, no contexto dos ilícitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico atribuídos ao apelante, não se pode lhe atribuir outro delito distinto, pois assim se faria com base nos mesmos fatos, o

que ofenderia ao princípio do non bis in idem, porque seria duplamente condenação pelo mesmo fato. Ocorre que os dois tipos penais são autônomos, possuindo núcleos verbais e elementos do tipo distintos. Assim, quando suas práticas se dão de maneira concomitante, como é o caso, nada há que se falar em bis in idem na imputação simultânea da prática dos crimes de associação para o tráfico de drogas e de organização criminosa. Nesse sentido, firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO VERITAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO APREENSÃO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. APTIDÃO FORMAL DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (...) 15. Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior é firme ao asseverar que não configura bis in idem a imputação concomitante da prática dos crimes de associação para o tráfico de drogas e organização criminosa, por se tratar de tipos penais autônomos. Precedente. (...) (HC n. 806.431/G0, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 28/6/2023.) PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, LAVAGEM DE CAPITAIS E FALSIDADE IDEOLÓGICA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DESNECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL E PERÍCIA DE VOZ. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA CONFIGURADAS. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 2º, § 3º, DA LEI N. 12.850/2013. COMANDO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AGRAVAMENTO DA PENA MANTIDO. FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS, QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, não há ilegalidade na ausência de transcrição integral dos diálogos captados, por ausência de obrigatoriedade legal para tanto. 2. Ademais, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas, especialmente quando pode ser aferida por outros meios de provas e diante da ausência de previsão na Lei n. 9.296/1996. Dessarte, "É prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes, assim como não há necessidade que a perícia ou mesmo a degravação da conversa sejam realizadas por peritos oficiais" (AgRg no AREsp n. 3.655/MS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 31/5/2011, DJe de 8/6/2011.) 3. Além do mais, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). 4. Não se constata bis in idem na condenação do recorrente como incurso nas sanções dos artigos 2º, caput, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei n. 12.850/2013 e 35, caput, da Lei n. 11.343/2006, tratando-se de circunstâncias diversas que levaram as instâncias ordinárias a concluírem pela sua participação na associação para o tráfico de drogas e na organização criminosa – a qual, segundo consta, tem ligações com facção criminosa. (...) (AgRg no REsp n. 1.969.578/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.) AGRAVO

REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. TIPOS PENAIIS AUTÔNOMOS. VIA INADEQUADA PARA O EXAME. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 2º, § 4º, I E IV, DA LEI N. 12.850/2013. QUANTUM DE AUMENTO: 2/3. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. A pretensão de absolvição quanto ao crime de tráfico de drogas demanda reexame de provas, inviável na via eleita. Precedentes. 2. Ademais, para o Superior Tribunal de Justiça, sendo autônomos os tipos penais descritos nos arts. 35, caput, cumulado com o art. 40, I e V, da Lei n. 11.343/06 e no art. 2º, caput, da Lei n. 12.850/13, correta a denúncia pela prática de ambas as imputações. 4. Não se afigura possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a extensão das investigações realizadas, bem como os fatos delituosos e bem jurídicos envolvidos, com precisão, para aferir se houve ou não bis in idem (RHC n. 80.688/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 13/3/2017). 3. Quanto ao entendimento firmado pelas instâncias antecedentes que a prática delitiva envolveu adolescente, pois o paciente foi abordado quando negociava a venda da droga a menor de idade, a revisão desse entendimento, a fim de afastar a incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, demanda a imersão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes (HC n. 405.380/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 6/10/2017). 4. Finalmente, quanto à causa de aumento de pena do crime de integrar organização criminosa, admite-se o aumento em fração superior ao mínimo, desde que devidamente fundamentado. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 491.153/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 12/8/2020.) Assim, nada há de falar em absorção do crime previsto ao artigo 2º, caput, da Lei Federal de nº. 12.850/2013 por aquele do artigo 35, caput, da Lei Federal de nº. 11.343/2006. IV – DOS DIVERSOS PEDIDOS DE REDIMENSIONAMENTO DE PENA. Dando continuidade aos pedidos subsidiários, realiza o apelante diversos requerimentos acerca de sua pena. Porém, antes de qualquer exame mais aprofundado dos pedidos, de boa técnica colacionar-se a dosimetria realizada pelo Douto Juízo Primevo, evitando-se citações indiretas desnecessárias: DOSIMETRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, AO ID. 48285506, DATADA DE 09/06/2023: "[...] Dosimetria: Com fundamento nos arts. 68 e 59, do Código Penal, passo a individualização da pena, o fazendo, quanto as circunstâncias judiciais de maneira unificada, para evitar repetições desnecessárias, uma vez que, as condutas foram praticadas pelo mesmo autor, nas mesmas circunstâncias fáticas. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento reiterado no sentido de que "A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados (HC n. 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017)." . Assim, o exame das circunstâncias judiciais de crimes diversos, praticadas pelo mesmo réu não viola a individualização da pena, notadamente, quando o julgador fundamenta de forma específica as

peculiaridades existentes, o que será realizado na hipótese do art. 42 da lei de drogas. Partindo das premissas postas, passo ao exame das circunstâncias judiciais. A culpabilidade é normal as espécies vedadas em lei, pois as condutas do réu não merecem maior reprovabilidade. Não há nos autos elementos desabonadores dos Antecedentes e da Conduta Social. A personalidade do agente lhe é favorável pois, confessou o crime de tráfico de drogas, em que pese, o tenha feito de forma qualificada, o que será valorado na segunda fase. Os motivos, as circunstâncias e consequências dos crimes são normais à espécie. O comportamento da (s) vítima (s) é circunstância neutra. Tendo em conta a inexistência de circunstância judicial desfavorável ao réu, fixo a pena-base do crime de Organização Criminosa em 3 anos de reclusão, e, 10 dias-multa. Não há circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como, não foram reconhecidas causas de aumento e diminuição da pena, pelo que, convolo a pena-base em definitiva. De outro lado, quanto ao crime de Tráfico de Drogas, considerando o art. 42 da lei de regência, e, que não há provas da quantidade de droga comercializada pelo réu, sendo indubitoso que traficava “maconha” e “cocaína”, respectivamente, substâncias natural e sintética, e, a personalidade e a conduta social do agente, na forma já assinalada, fixo a pena-base em 5 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, e, 560 dias-multa. Não há incidência de agravantes. Considerando a confissão do réu, adoto o entendimento persuasivo e vinculante do Superior Tribunal de Justiça, estampados na súmula nº. 231 e no Tema 190 dos Recursos Repetitivos (o critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.), pelo que, fixo a pena intermediária em 5 anos de reclusão, e, 500 dias-multa. Não há causas de diminuição de pena, mas, foi reconhecida a continuidade delitiva, e, por tal, fixo a pena definitiva em 6 anos de reclusão, e, 600 dias-multa. Quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, observo na primeira fase, as circunstâncias já explicitadas na dosimetria do tráfico de drogas, pelo que, fixo a pena-base em 3 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão, e, 787 dias-multa. Não há circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como, não foram reconhecidas causas de aumento e diminuição da pena, pelo que, convolo a pena-base em definitiva. Considerando que os delitos foram praticados em concurso material (artigo 69 do Código Penal), promovo a soma das penas. Ficando JUNIOR MARQUES MERCES SILVA, definitivamente condenado a 11 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão, e, 1.397 dias-multa. Ausentes elementos sobre as condições econômicas do réu, o valor do dia-multa fica estabelecido em um trigésimo do salário-mínimo mensal vigente ao tempo do crime e atualizado por ocasião de sua execução, conforme o artigo 49, parágrafos primeiro e segundo, do Código Penal. O início da pena se dará no regime fechado considerando a natureza equiparada à hedionda do tráfico de drogas (L. 8.072/90) e o quantum de pena fixado, na forma do artigo 33, § 2º, a, do Código Penal. Deixo de aplicar a detração inserta no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, considerando que não haveria alteração do regime prisional. Deixo de proceder a detração da pena, pois não influiria no regime prisional. [...]” Da análise pormenorizada da dosimetria realizada pelo Douto Juízo de piso, observa-se que a pena-base do recorrente fora exasperada com fundamento aparente na natureza das drogas, além da suposta personalidade e conduta social do recorrente, conforme fundamenta que: “considerando o art. 42 da lei de regência, e, que não há provas da quantidade de droga comercializada pelo réu, sendo indubitoso que

traficava “maconha” e “cocaína”, respectivamente, substâncias natural e sintética, e, a personalidade e a conduta social do agente, na forma já assinalada, fixo a pena-base em 5 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, e, 560 dias-multa”. A dosimetria de primeiro grau merece reforma. Ocorre que, em primeiro lugar, existe grave contradição na fundamentação acima esposada, visto que o Douto Juízo de Piso havia afirmado, algumas linhas antes, que “A culpabilidade é normal as espécies vedadas em lei, pois as condutas do réu não merecem maior reprovabilidade.” e que “Não há nos autos elementos desabonadores dos Antecedentes e da Conduta Social.”. Assim, como pode, um pouco depois, considerar a “ personalidade e a conduta social do agente” para exasperar-lhe a pena? Trata-se de contradição. Além disso, a mera menção direta do artigo 42 da Lei Federal de nº. 11.343/06, sem explicitar como a mesma se encaixaria no caso concreto – ainda mais, depois de afirmar que não pode fazer juízo acerca da quantidade de drogas, visto que o apelante não fora preso em posse de qualquer entorpecente – não pode fundamentar, genericamente, o aumento na pena-base do recorrente. Desta forma, não se identifica qualquer motivo plausível para que a pena do recorrente, em relação a todos os tipos penais, seja além da mínima legal: 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa – artigo 33 da Lei de Drogas –; 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa – artigo 35 da Lei de Drogas – e; 3 (três) anos reclusão e 10 (dez) dias-multa – artigo 2º, caput, da Lei Federal de nº. 12.850/2013. Sendo a pena-base a mínima legal, apesar de se reconhecer, como se fez no primeiro capítulo do presente voto, que o recorrente confessou espontaneamente os crimes, ainda que de maneira parcial, não alteramos a pena intermediária do recorrente em respeito à súmula 231 do STJ. Reconhecida também a continuidade delitiva do artigo 71 do Código Penal, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, verifica-se que esta não fora objeto de apelação por parte do recorrente. Nada obstante, a leitura atenta da dosimetria primeva mostra que esta definiu fração acima do mínimo legal de 1/6 (um sexto), sem qualquer fundamentação para tanto, arriscando ofender, neste ponto, o artigo 93, inciso IX da Constituição da Republica Federativa do Brasil, motivo pelo qual se corrige a Sentença, ex officio, neste ponto, para que a aplicação do instituto resulte na pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa em razão da continuidade delitiva do crime de tráfico de entorpecentes. Por fim, no que concerne ao pedido para a aplicação da causa especial de diminuição de pena presente no artigo 33, § 4º da Lei Federal de nº. 11.343/06, o “tráfico privilegiado”, vale se considerar, inicialmente, que o benefício requisitado pelo apelante Daniel depende do preenchimento dos seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Sua concessão reduz a pena, na terceira fase da dosimetria, entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços). Todavia, o recorrente está sendo condenado, no curso da presente ação, pelos crimes de associação para o tráfico e organização criminosa, razão pela qual não faz jus ao benefício, tendo em vista o último critério acima mencionado – não integrar organização criminosa. Não há qualquer outra causa de aumento ou diminuição de pena a ser avaliada em relação aos demais crimes. Tudo posto, reforma-se a sentença primeva no que concerne à sua dosimetria, para que esta reste em Analisados todos os argumentos defensivos, redimensionam-se as penas que, somadas em razão do concurso formal, conforme o artigo 69 do Código Penal, restariam em 11 (onze) anos e 10 (dez) meses reclusão e 1293 (mil duzentos e noventa e

três) dias-multa. Entretanto, Percebe-se que o Douto Juízo de Origem, ao somar as penas, incorreu em outro erro, desta vez, um erro material, posto que somando as penas originais alcançou o patamar de 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, e 1397 (mil trezentos e noventa e sete) dias-multa, quando as regras da aritmética ditam que, conforme os parâmetros que estabelecera, deveria ter restado sua pena em 12 (doze) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, e 1397 (mil trezentos e noventa e sete) dias-multa, fato este que não fora objeto de Embargos de Declaração ou Apelação por parte do parquet. Sendo assim, tendo em vista o princípio do non reformatio in pejus, altero apenas a pena de multa para 1293 (mil duzentos e noventa e três) dias-multa e determino que a pena de reclusão definitiva do recorrente deve permanecer aquela de piso, qual seja: 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão. Portanto, consideram-se providos em parte os pedidos de redimensionamento da pena. V – DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Quanto a este pleito, o presente voto limitar-se-á a realizar uma análise generalista quanto à presença ou não dos requisitos da manutenção da prisão preventiva imposta ao recorrente. De início, cumpre ressaltar que a única forma de se alegar a ilegalidade da prisão preventiva do recorrente seria atacando a ausência do periculum libertatis. Ocorre que o periculum libertatis, no caso em exame, também se encontra satisfatoriamente demonstrado pelo modus operandi demonstrado pelo agente, que, além de ter cometido tráfico de drogas, é membro de organização criminosa voltada à prática do citado crime. Assim, legal a prisão preventiva imposta, haja vista à gravidade concreta do suposto crime, devendo ser garantida a ordem pública que seria posta em perigo pela liberdade do recorrente. Neste sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DOS DELITOS. MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INOVAÇÃO RECURSAL NÃO EVIDENCIADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A custódia cautelar encontra-se justificada e devidamente fundamentada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, diante da necessidade de acautelamento da ordem pública e social, vulnerada diante das particularidades dos delitos. 2. Embora o Tribunal a quo tenha feito menção à mercancia pelo réu de uma considerável quantidade de entorpecentes (16 kg de crack), verifica-se que o decreto preventivo aponta a gravidade dos delitos e o risco de reiteração delitiva, de modo que não está evidenciada inovação recursal pela Corte de origem, que ratificou a decisão primeva. 3. O agravante integraria complexa organização criminosa denominada Primeiro Comando de Vitória, fornecendo-lhe armas e grande quantidade de entorpecentes, além de ostentar condenação criminal transitada em julgado, circunstâncias aptas a denotar periculosidade social do acusado, que autorizam sua manutenção no cárcere a fim de interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 171.705/ES, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023.) Recorda-se, por fim, que, eventuais alegações acerca das condições pessoais favoráveis do recorrente não seriam suficientes para afastar a necessidade da segregação cautelar, quando presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, como na hipótese. Acerca do assunto, mais uma vez, o

STJ: PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECEPÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOS DE VEÍCULO AUTOMOTOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESTRUTURADA E COM DIVISÃO DE TAREFAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada no modus operandi do delito, pois estamos diante de vários delitos de grande gravidade, delitos estes que vem causando prejuízo patrimonial e psicológico as vítimas, sendo que alguns são praticados com violência e grave ameaça, além de fomentar a prática de outros delitos, como o fornecimento de veículos adulterados a outras organizações criminosas e troca por drogas e armas de fogo, bem como na participação do recorrente em organização criminosa, tendo em vista que os acusados possuem uma organização bem estruturada e com divisão de tarefas, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. 3. Recurso em habeas corpus improvido"(RHC n. 91.549/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 08/03/2018). Assim, uma análise geral com relação à prisão preventiva do recorrente, seus requisitos originais e possíveis causas posteriores de ilegalidade não demonstra, de qualquer forma, um motivo para que a medida seja revogada ou substituída por medidas cautelares alternativas. Nesse contexto, o sacrifício da liberdade individual, por ora, afigura-se necessário à preservação do interesse público, não havendo possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares ao recorrente. VI – DO DISPOSITIVO. Diante do exposto e de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o apelo seja CONHECIDO EM PARTE, julgando no mérito, PROVIDO EM PARTE NAQUILO CONHECIDO, para redimensionar sua pena definitiva para 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, bem como o pagamento de 1293 (mil duzentos e noventa e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pelos crimes previstos no artigo 33, caput, na forma do artigo 71 do Código Penal, artigo 35, caput, ambos da Lei Federal de nº. 11.343/2006 e; artigo 2º, caput, da Lei Federal de nº. 12.850/2013, negado ao recorrente o direito de recorrer em liberdade tendo em vista o cumprimento dos preceitos do artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual CONHECE EM PARTE e julga PROVIDO EM PARTE NA EXTENSÃO CONHECIDA o apelo interposto por JUNIOR MARQUES MERCES SILVA. Salvador/BA, de de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora