

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000975-91.2016.8.05.0213

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS e HUGO PÉRICLES RIBEIRO
SANTANA

Advogado (s): CAIO GRACO SILVA BRITO, PEDRO HENRIQUE SOARES MAY
XAVIER, GABRIEL ANDRADE DE SANTANA, JOSÉ HENRIQUE ABBADE DOS REIS, LUCAS
LANDEIRO PASSOS, ABDON ANTÔNIO ABBADE DOS REIS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

ACORDÃO

EMENTA: ÚNICA APELAÇÃO CRIMINAL COM DOIS RECORRENTES. INFRAÇÃO PENAL DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES FIRMES E SEGURAS. 2. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE OFÍCIO DO APELANTE JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS EM RAZÃO DE ÓBITO. ART. 107, I, DO CP.3. PRELIMINARES: 3.1. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE TODOS OS ATOS E PROVAS PROCESSUAIS PRODUZIDOS DESDE A AUDIÊNCIA OCORRIDA EM 26/04/2017, EM FACE DA AUSÊNCIA DO APELANTE JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS. PREJUDICIALIDADE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. 3.2. ALEGAÇÃO DE

LITISPENDÊNCIA. PLEITO PARA DECLARAR A NULIDADE DA CONDENAÇÃO DO APELANTE HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS FATOS. PARTES DISTINTAS. DENÚNCIAS BASEADAS EM INVESTIGAÇÕES (IP) E PERÍODOS DIVERSOS. DELITO PERMANENTE QUE NÃO IMPEDE A OCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES INDEPENDENTES. SIMILITUDE NO MODUS OPERANDI QUE NÃO AFASTA, NECESSARIAMENTE, A PLURALIDADE DE CRIMES. PROCESSO SENTENCIADO PRIMEIRO. EVENTUAL LITISPENDÊNCIA A SER ANALISADA EM OUTROS AUTOS. 3.3. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DAS PROVAS COLHIDAS EM BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. ALEGADA ILICITUDE DO ACERVO PROBATÓRIO POR DERIVAÇÃO. ART. 157, § 1º, DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA C/C ART. 301, DO CPP. EXCETUADA A INVIOLABILIDADE DOMICILIAR ANTE FLAGRANTE DELITO. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. 3.4. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA NULIDADE PELO EMPRÉSTIMO DA PROVA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA MANIFESTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. IMPROVIMENTO. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO, APÓS JUNTADA DA DEGRAVAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ID 23069788. POSTERIOR INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA “PARA PROVIDÊNCIAS PERTINENTES”, ID 23069788. OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES FINAIS E INSURGÊNCIA SOBRE A PROVA EMPRESTADA, ID 23069788. TESE REFUTADA EM DECISUM, ID 23069787. COMPROVAÇÃO DA EFETIVA POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO. PROVA EMPRESTADA DEVIDAMENTE SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO. 4. MÉRITO: 4.1. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARCABOUÇO PROBATÓRIO, EM ESPECIAL, INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, SUFICIENTE E APTO À CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS FIRMES E UNÍSSONOS EM AFIRMAR A PARTICIPAÇÃO DOS APELANTES NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 4.2. DOSIMETRIA. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PROVIMENTO. AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE DO AGENTE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. CRITÉRIO SUCESSIVO NA APLICAÇÃO DAS MAJORANTES. PRECEDENTE DO STJ.. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS APONTADOS. 6. CONCLUSÃO: CONHECIMENTO PARCIAL E PROVIMENTO PARCIAL, COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE OFÍCIO DO RECORRENTE JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS.

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÕES CRIMINAIS sob nº 0000975-91.2016.8.05.0213, tendo como Recorrentes JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS e HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, ACORDAM, por maioria de votos, os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE O APELO e:

(i) Quanto ao recorrente JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS, EXTINGUIR A PUNIBILIDADE, DE OFÍCIO, COM BASE NO ARTIGO 107, I, DO CP, E JULGAR PREJUDICADO O SEU PEDIDO DE NULIDADE RESPECTIVO.

(ii) Quanto ao apelante HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA, REJEITAR AS PRELIMINARES DE NULIDADE E, NO MÉRITO, PROVER PARCIALMENTE, REDIMENSIONANDO A PENA PARA 11 (ONZE) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, MANTIDOS O REGIME INICIAL FECHADO E O PAGAMENTO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO DA DATA DO FATO, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento.

Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
RELATOR
(ASSINADO ELETRONICAMENTE)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Provido em parte. Unânime.
Salvador, 19 de Maio de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000975-91.2016.8.05.0213

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS e HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA

Advogado (s): CAIO GRACO SILVA BRITO, PEDRO HENRIQUE SOARES MAY XAVIER,
GABRIEL ANDRADE DE SANTANA, JOSÉ HENRIQUE ABBADE DOS REIS, LUCAS LANDEIRO
PASSOS, ABDON ANTÔNIO ABBADE DOS REIS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelações Criminais interpostas por JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS e HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA, em face de sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da Vara Crime, Júri, Execuções Penais e da Infância e Juventude da Comarca de Ribeira do Pombal/BA, nos autos da ação penal em epígrafe.

Narra a inicial, ID 23069794, in verbis:

(...)

“Consta dos autos em epígrafe que, em 25 de julho de 2016, por volta das 11h30min, na travessa da rua D, Zona Oeste, nesta cidade, o primeiro denunciado foi preso em flagrante por tráfico de drogas, associação para o tráfico, ameaça¹ e organização criminosa.

Na manhã daquela data, a Polícia Civil recebeu uma denúncia de que José Carlos estava prestes a agredir a sua companheira Jaqueline. Em seguida, a equipe policial deslocou-se até o local e José não mais se encontrava. Ato contínuo, os policiais foram até a casa do José Carlos, onde encontraram: 212 pedras de crack, pesando aproximadamente 50 gramas, 8 comprimidos de um medicamento, a quantia de R\$ 310,00 e dois aparelhos celulares.

Na ocasião, José Carlos afirmou aos policiais que estava devendo R\$ 25.000,00 ao segundo denunciado referente a drogas, além de vendê-las para este, sendo que Hugo é o chefe da organização criminosa "CP/Katiara", envolvida com tráfico, roubos e homicídios, inclusive com participação de menores e armas e outros.

Registra-se que a Polícia Civil tinha informações de que o primeiro denunciado estava vendendo drogas, sendo que o mesmo já tinha "passagens" na Delegacia por envolvimento com tráfico de drogas, homicídio, armas e outros.

Dessa forma, os denunciados praticaram os crimes previstos nos artigos 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13 (além do § 3º aplicável a Hugo Péricles Ribeiro Santana), 33 e 35 da Lei nº 11.343/06.

Diante do exposto, o Ministério Público requer o recebimento, registro e autuação da presente denúncia, citando-se o denunciado para integrar o polo passivo da relação jurídico-processual, bem como apresentar defesa e ser interrogado, seguindo-se o procedimento previsto no art. 394 a 405 do Código de Processo Penal (rito comum ordinário), até final julgamento, tudo isso com observância à cláusula do devido processo penal (CF, art. 50, LIV).”

(...)

A denúncia, instruída com o Inquérito Policial, ID 23069794, foi recebida em 12/09/2016, ID 23069793.

Os réus José Carlos da Silva Santos e Hugo Péricles Ribeiro Santana foram

citados, respectivamente, em 20/10/2016, ID 23069793 e 26/10/2016, ID 23069793, e ofereceram respostas ID 23069793.

O Auto de Exibição e Apreensão encontra-se juntado no ID 23069794 e os Laudos Periciais no ID 23069793 e 23069794, os quais atestaram, respectivamente, a presença da substância Sildenafil e da substância entorpecente conhecida como "cocaína".

As oitivas das testemunhas e os interrogatórios dos réus foram colacionados aos autos no ID 23069792.

As alegações finais encontram-se no ID 23069788.

Ultimada a instrução criminal, a decisão datada de 17/10/2019, ID 23069786 e ID 23069787, julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu José Carlos da Silva Santos pela prática do delito tipificado no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13, e Hugo Péricles Ribeiro Santana, pelo artigo 2º, §§§ 2º, 3º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13, a uma pena, respectivamente, de 13 (treze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 120 (cento e vinte) dias multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, e 18 (dezoito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 180 (cento e oitenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

A decisão foi publicada em Cartório em 18/10/2019, conforme certidão acostada no ID 23069786.

O Apelante Hugo Péricles Ribeiro Santana foi intimado da decisão, em 15/12/2021, ID 23069784.

Inconformados, os réus, através da Defensoria Pública, interuseram recurso de Apelação, em 09/12/2019, ID 23069786, requerendo:

"A) Pelo recebimento e processamento destas razões de apelação, bem como pelo respeito à todas as prerrogativas da Defensoria Pública;

B) Pelo reconhecimento da nulidade da ausência dos acusados na audiência, pugnando pela anulação de todos os atos e provas processuais produzidas desde a audiência de instrução realizada em 26.04.2017, com amparo no art. 564, IV CPP.

C) Reconhecimento da litispendência em relação ao acusado HUGO PÉRICLES, pugnando pela reforma da sentença para que seja reconhecido a litispendência parcial, com consequente declaração de nulidade da condenação pelo art. 2º. Lei 12.850/2013, na forma do art. 564, IV. c/c art. 110 do CPP;

D) Pelo reconhecimento da ilegalidade das provas colhidas por meio da busca e apreensão domiciliar, travestida de prisão em flagrante, razão pela qual deve ser declarada inadmissível, desentranhada e, ao final, inutilizada, com fulcro no art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal e nos termos do art. 5º, LVI da CFRB/88, pugna pela reforma da sentença para que seja reconhecida a absolvição dos acusados por ausência provas, nos termos do art. 386, V. CPP;

E) Pugna-se também pela declaração de nulidade do empréstimo da prova, referente auto circunstanciado de interceptação telefônica n. 002/2016

(fls. 180/309), nos termos do art. 564, IV. c/c art. 157, ambos do Código de Processo Penal, e 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, procedendo-se, de imediato, ao desentranhamento das referidas peças

F) Em relação ao acusado JOSÉ CARLOS, conforme demonstrada a ausência de comprovação pugna pela reforma sentença para o acusado José Carlos seja absolvido nos termos art. 386, V, e VII CPP Pugna pela desclassificação crime imputado para o ilícito de uso próprio, nos termos art. 2º, §§ 2º, 3º 4º da Lei n.º 12.850/13;(sic)

G) Caso haja condenação dos acusados pelo crime da lei 12.850/2013, que seja aplicada a pena base no mínimo legal aos acusados, e ao final, a detração do tempo prisão cautelar e fixação do regime inicial aberto para cumprimento;

H) O cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de cumprimento eventual pena privativa de liberdade aplicada, consoante exegese do art. 387, § 2º, do Código Processo Penal.

Por derradeiro, pugna-se, de forma expressa, pela prévia intimação do (a) Defensor (a) Público (a) com atuação na Câmara Criminal sobre a data da sessão de julgamento da apelação para, querendo e nos limites de sua independência funcional, realizar sustentação oral, acompanhar a sessão de julgamento, bem como interpor recursos e adotar quaisquer outras medidas que entender cabíveis."

Prequestionaram, ainda, para fins de interposição de recurso às superiores instâncias, o art. 5º, LVI da Constituição da Republica e artigos 33, 59, 65, inciso III, alíneas c e d, todos do Código Penal e artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Nas contrarrazões, ID 23069785, o Parquet manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Os autos foram distribuídos, por livre sorteio, em 21/08/2020, ID 23069785.

No parecer, no ID 23069784, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do presente recurso, para redimensionar as penas impostas aos Apelantes nos seguintes termos:

"a) em relação ao apelante José Carlos da Silva Santos, a redução da pena-base para o patamar mínimo legal em razão da fundamentação inidônea apresentada para as circunstâncias judiciais negativamente sentença; valoradas em sentença:

b) quanto ao apelante Hugo Péricles Ribeiro Santana, a redução proporcional da pena que lhe foi imposta, devendo ser consideradas como neutras as circunstâncias da personalidade, dos motivos e das consequências."

Os despachos constantes do ID 23069784 converteram o feito em diligência, que se vê cumprida, ID 23069784.

Os autos foram novamente distribuídos, após cumprimento de diligência no Juízo de 1º Grau, em 14/01/2022, ID 23683267.

No pronunciamento ID24340559, a Procuradoria de Justiça ratificou a manifestação do ID 23069784 pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto, a fim de que sejam redimensionadas as penas impostas aos Apelantes.

Os autos vieram conclusos em 03/02/2022.

É o relatório.

Salvador/BA, data constante da assinatura eletrônica.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
RELATOR
(ASSINADO ELETRONICAMENTE)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000975-91.2016.8.05.0213

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS e HUGO PÉRICLES RIBEIRO
SANTANA

Advogado (s): CAIO GRACO SILVA BRITO, PEDRO HENRIQUE SOARES MAY
XAVIER, GABRIEL ANDRADE DE SANTANA, JOSÉ HENRIQUE ABBADE DOS REIS, LUCAS
LANDEIRO PASSOS, ABDON ANTÔNIO ABBADE DOS REIS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

VOTO

I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Conhece-se parcialmente dos Recursos interpostos, afastando-se apenas da apreciação o pleito de aplicação da detração penal, para fixação do regime inicial aberto, para o cumprimento da pena.

DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RECORRENTE JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS

Como se infere da Certidão de Óbito extraída do Sistema de Controle de Certidões (SCC), visualiza-se o falecimento do apelante José Carlos da Silva Santos, cujo teor atesta a causa da morte em razão de “Choque Hipovolêmico e ação Perfuro Contundente” (sic).

Dessa forma, comprovada a morte do ora apelante, deve ser declarada extinta a punibilidade, com fulcro no art. 107, I, do Código Penal Brasileiro.

Ante todo o exposto, vota-se pela declaração da extinção da punibilidade de JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS , com fundamento no art. 107, I, do Estatuto Repressivo.

II – PRELIMINARES

DO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE TODOS OS ATOS E PROVAS PROCESSUAIS PRODUZIDOS DESDE A AUDIÊNCIA OCORRIDA EM 26/04/2017, EM FACE DA AUSÊNCIA DO APELANTE JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS.

Considerando a morte do apelante José Carlos da Silva Santos e a sua consequente extinção da punibilidade, o presente pedido deve ser considerado como prejudicado, razão pela qual não há o que se falar em nulidade.

Portanto, considerando a ausência de interesse recursal superveniente, o pleito deve ser considerado como prejudicado.

DO RECONHECIMENTO DA LITISPENDÊNCIA PARA DECLARAR A NULIDADE DA CONDENAÇÃO DO APELANTE HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA

A Defesa pugnou “pela reforma da sentença para que seja reconhecido a litispendência parcial, com consequente declaração de nulidade da condenação pelo artigo 2º, Lei 12.850/2013, na forma do art. 564, IV, c/c art. 110 do CPP”, aduzindo que há suposta caracterização de “bis is idem”, na medida em que o delito de organização criminosa (artigo 2º, §§§ 2º, 3º e 4º, I, da Lei nº 12.850/2013) que foi imputado ao Apelante no presente feito, integra os fatos narrados na denúncia que deu origem à ação penal nº 0000405-08.2016.8.0213.

Sem razão.

Nas palavras do Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, quando do julgamento do RHC n. 82.754/RS, “a litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (eadem personae), sobre os mesmos fatos (eadem res) e com a mesma pretensão (eadem petendi), que é expressa por antiga máxima latina, o ne bis in idem, atualmente compreendida, no âmbito criminal, como a proibição de dupla punição e de dupla persecução penal pelo mesmo fato criminoso (...)” (RHC n. 82.754/RS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/5/2018, DJe 6/6/2018).

Pois bem.

In casu, o Ministério Público ofereceu denúncia, em 25/08/2016, em face de José Carlos da Silva Santos e Hugo Péricles Ribeiro Santana pela prática dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13 (além do § 3º aplicável a Hugo Péricles Ribeiro Santana), e 33, caput, e 35, ambos da Lei nº. 11.343/2006, lastreada no IP nº 151/2016.

Por sua vez, conforme imagens acostadas pela Defesa em seu arrazoadado, ID 23069786, na apontada ação penal tombada sob nº 0000405-08.2016.8.05.0213, o órgão Ministerial denunciou, em 18/04/2016, as pessoas de Hugo Péricles Ribeiro Santana, Maricelma Souza de Moraes, Jadson Silva Soares, Érico Santos de Almeida Nascimento, José Bismarque Oliveira Santos, Alfredo Oliveira de Carvalho Júnior e outros pelos crimes descritos no artigo 2º, §§§ 2º, 3º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 (sendo o § 3º aplicável a Hugo Péricles Ribeiro Santana), e artigos 33, caput, e 35, c/c artigo 40, incisos IV e VI, todos da Lei nº 11.343/2006, e artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado no IP 1381/2015 –SR/DPF/BA.

Como se pode ver, inicialmente, as ações penais tiveram por base investigações policiais ocorridas em períodos distintos e, inclusive, realizadas por esferas distintas. Na presente ação penal, o IP que serviu de lastro à denúncia data de 2016 e foi presidido pela Polícia Civil da Bahia. Já a ação penal nº 0000405-08.2016.8.05.0213 indica o IP datado de 2015, presidido pelo Departamento de Polícia Federal.

A denúncia em questão foi oferecida em 25/08/2016, enquanto que a dos autos nº 0000405-08.2016.8.05.0213, data de 18/04/2016.

Com efeito, na ação penal em tela, restou demonstrado que o Apelante José Carlos foi preso em flagrante, em 25/07/2016, na guarda de substâncias

entorpecentes, as quais comercializava em prol da organização criminosa que integrava e era chefiada pelo Apelante Hugo Péricles. Extrai-se, de logo, que a conduta foi praticada em data posterior ao oferecimento da denúncia que originou a ação penal nº 0000405-08.2016.8.05.0213, que se deu em 18/04/2016, tratando-se, portanto, de fato distinto.

As partes são diversas, porquanto denunciados, no caso sob exame, José Carlos da Silva Santos e Hugo Péricles Ribeiro Santana, e na ação penal nº 0000405-08.2016.8.05.0213, Hugo Péricles Ribeiro Santana, Maricelma Souza de Moraes, Jadson Silva Soares, Érico Santos de Almeida Nascimento, José Bismarque Oliveira Santos, Alfredo Oliveira de Carvalho Júnior e outros.

A conduta delituosa atribuída aos denunciados também não é, exatamente, a mesma, posto que nos presentes autos foi imputada a prática dos crimes previstos nos artigos 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 (além do § 3º aplicável a Hugo Péricles Ribeiro Santana), 33, caput, e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, enquanto que na ação penal nº 0000405-08.2016.8.05.0213, os delitos dos artigos 2º, §§§ 2º, 3º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 (sendo o § 3º aplicável a Hugo Péricles Ribeiro Santana), e artigos 33, caput, e 35, c/c artigo 40, incisos IV e VI, todos da Lei nº 11.343/2006, e artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (in Curso de Processo Penal, Editora Del Rey, 3ª Edição, p. 298) afirma que: "por litispendência, há de se entender a repetição de causa já instaurada anteriormente, envolvendo as mesmas partes e o mesmo fato delituoso, que vem a ser a causa petendi."

Não há, portanto, litispendência no caso considerado.

Ademais, o fato de os delitos de tráfico de drogas e organização criminosa serem crimes permanentes não impede a ocorrência de infrações independentes pelo acusado, tampouco a similitude no modus operandi dos diversos crimes, praticados em diferentes épocas, não afasta, necessariamente, a pluralidade de crimes.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DOS ARTS. 33 C/C 40, INCISOS III E IV; E ARTS. 35, C/C 40, INCISOS III E IV, TODOS DA LEI 11.343/06 E ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO, NA FORMA DO ART. 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PROCESSO PENAL. NULIDADES. ALEGAÇÕES. BIS IN IDEM NA APURAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NÃO REALIZAÇÃO DA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU NO ATO PROCESSUAL. OFENSA À AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EFETIVO À DEFESA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTADA VALORAÇÃO GRAVOSA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MAJORANTE DO INC. IV, DO ART. 35, DA LEI 11.343/06. DESNECESSÁRIA APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. FRAÇÃO DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Em consonância com a jurisprudência consolidada do STJ, não há falar em litispendência ou bis in idem na apuração do delito de associação para o tráfico, quando as ações confrontadas referem-se a períodos e fatos

distintos, circunstâncias diferentes, envolvendo associados diversos em cada ação, além de outros delitos conexos. 2. [...] 10. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 555.960/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA EXISTÊNCIA DE DUPLA PERSECUÇÃO PENAL. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. FATOS DISTINTOS. PRISÃO PREVENTIVA. EXTENSA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. "A litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (eadem personae), sobre os mesmos fatos (eadem res) e com a mesma pretensão (eadem petendi), que é expressa por antiga máxima latina, o ne bis in idem, atualmente compreendida, no âmbito criminal, como a proibição de dupla punição e de dupla persecução penal pelo mesmo fato criminoso [...]" (RHC n. 82.754/RS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/5/2018, DJe 6/6/2018). 2. No caso dos autos, não obstante as condutas apuradas terem sido praticadas em datas aproximadas (ambas foram praticadas no ano de 2017), trata-se de fatos distintos pois, nos autos n. 0006463-16.2017.403.6119, em trâmite perante a Justiça Federal de São Paulo, Joel responde pelo envolvimento no tráfico de 1,800kg (um quilo e oitocentos gramas) de cocaína (1ª imputação), bem como pelo aliciamento quanto ao tráfico de 3,989kg (três quilos, novecentos e oitenta e nove gramas) de haxixe (2ª imputação), enquanto que, nos autos n. 0002444-68.2017.8.24.0033, em trâmite perante a Justiça Estadual de Santa Catarina (comarca de Itajaí), o Ministério Público Estadual imputa a Joel a prática de tráfico de 106,00kg (cento e seis quilos) de maconha, havendo inclusive notícia de que já foi condenado por tais fatos em primeira instância. 3. [...] 6. Recurso desprovido. (RHC 100.820/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 08/04/2019)

Dessa forma, considerando que para a configuração da litispendência é necessário que ocorra a tríplice identidade entre as ações, quais sejam: mesmas partes, causa de pedir e pedido e, considerando, ainda, que as ações penais deflagradas foram em razão de fatos autônomos e independentes, envolvendo diversidade de partes e em períodos diversos, não há que se falar em bis in idem. Por último, frisa-se que cabe ao Magistrado relativo ao Processo nº 0000405-08.2016.8.05.0213 eventualmente reconhecer a possibilidade da existência de litispendência, já que este processo foi primeiramente sentenciado, até mesmo para evitar possível supressão de instância. É de se concluir, portanto, que resta afastada a alegada litispendência, e, por conseguinte, rechaça-se a preliminar aventada.

DO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS EM BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

A Defesa sustentou a ilicitude das provas, ao argumento de que houve violação de domicílio, eis que os policiais militares alegadamente ingressaram no imóvel do Apelante José Carlos da Silva Santos sem autorização deste e desacompanhados do competente mandado de busca e apreensão e pugnou "pela reforma da sentença para que seja reconhecida a

absolvição dos acusados por ausência provas". (sic)

Registre-se, inicialmente, que a suposta ilicitude probatória, embora arguida em sede preliminar, tem como objetivo a absolvição dos Recorrentes, guardando estrita relação com o mérito da demanda, razão pela qual será enfrentada no momento próprio.

Vencida tal consideração, acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes, quando apreciou o Tema nº 280, em regime da repercussão geral, firmou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

Por oportuno, transcreve-se a ementa do retromencionado julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas.

Negativa de provimento ao recurso.(RE 603616, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

No mesmo sentido, a Corte Cidadã, no julgamento do HC 598.051/SP, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, fixou diretrizes e parâmetros para o reconhecimento da existência de fundada suspeita de flagrante delito a justificar o ingresso de forças policiais em residências:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". [...] 2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. [...] 3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado. 4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente. 5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por

agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou. [...] 5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo. [...]

(HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021)

Da análise do Auto de Prisão em Flagrante, ID 23069794, extrai-se da narrativa dos agentes que participaram da diligência policial, que já havia uma investigação prévia, com informações de que o Apelante José Carlos da Silva Santos estaria comercializando drogas. Além disso, a guarnição policial afirmou que o Recorrente possuía diversas “passagens” na Unidade Policial por envolvimento com drogas, bem como de que ele teria confessado aos policiais que estava devendo certa quantia em dinheiro ao Apelante Hugo Péricles Ribeiro Santana, que seria o chefe da facção criminosa CP/Katiara, e que estaria vendendo os entorpecentes, juntamente com sua companheira.

Em Juízo, ID 23069792, os policiais voltaram a afirmar a existência de investigação anterior, bem como o fato da esposa do Apelante José Carlos da Silva Santos ter noticiado que ele “movimentava drogas” e ter apontado o local onde elas se encontravam escondidas:

(...) “que, quando chegaram, o réu tentou jogar uma chave; que foram até o quartinho que o réu tinha no local; que a companheira de JOSÉ CARLOS afirmou que ele movimentava drogas, que, quando começou a fazer investigações, JOSÉ CARLOS estava na área do Pedro Tibúrcio, na área do Caburé, e depois ele ficou sumido do tráfico por um longo tempo, que, depois de 01 (um) mês que ele chegou aqui, ocorreu a prisão; que tem informação de que JOSÉ CARLOS tinha uma dívida com HUGO; que JOSÉ CARLOS continuava vendendo drogas para HUGO PÉRICLES porque não tinha como pagar a dívida; que encontraram a droga e JOSÉ CARLOS confirmou ser o proprietário; que a droga estava toda cortada para venda, que JOSÉ CARLOS assumiu que comercializava droga; que HUGO PÉRICLES era o chefe e tinha comando naquela região; (...) que JOSÉ CARLOS morava na Rua da Brahma; que pode dizer que hoje a Rua da Brahma é dominada pela 'Caveira', mas havia uma intensa disputa por aquela região; que mesmo antes da prisão de JOSÉ CARLOS, já sabia da dívida deste com HUGO PERICLES” (...) (sic)
(Declarações do IPC Inácio Nascimento, em Juízo, ID 23069792)

(...) “que foram até o local e encontraram o réu; que a esposa de JOSÉ CARLOS disse que tinha drogas na casa dele; que a droga estava bem escondida na casa; que a esposa de JOSÉ CARLOS informou o lugar certo onde estava a droga; que encontraram drogas, aparelhos celular e medicamentos; que JOSÉ CARLOS confessou que a droga era dele; que JOSÉ CARLOS é suspeito de participar do homicídio de Tutela'; que segundo JOSÉ CARLOS ele tava

devendo um dinheiro a HUGO PÉRICLES e resolveu voltar a traficar, que JOSÉ CARLOS vendia a droga para HUGO PÉRICLES; que já conhecia HUGO PÉRICLES; que HUGO pertence à facção 'KATIARA' e é líder da organização" (...) (sic) (Declarações da testemunha Elisaldo de Matos, em Juízo, ID 23069792)

Como se vê, as circunstâncias que antecederam ao ingresso no domicílio evidenciam, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justificam a diligência e a prisão em flagrante.

Resta, assim, indubitosa a presença de razões mais do que suficientes para legitimar o ingresso policial, especialmente quando, ao final, a suspeita foi devidamente confirmada, com a apreensão do material que estava dentro da casa do Recorrente, em situação, portanto, manifestamente flagrancial.

Destarte, apesar do esforço argumentativo da Defesa, houveram elementos objetivos e racionais que justificaram o ingresso no referido local, motivo pelo qual são lícitos todos os elementos de informação obtidos por meio dessa medida, bem como todos os que deles decorreram.

Dessa forma, rejeita-se o pleito preliminar.

DO RECONHECIMENTO DA NULIDADE PELO EMPRÉSTIMO DA PROVA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

No que se refere a preliminar de nulidade pela prova emprestada, melhor sorte não assiste aos Apelantes.

Sustenta a Defesa que “não houve o cumprimento dos requisitos da prova emprestada”, tendo em vista que a Defesa não teria sido intimada para manifestação “sobre o transporte da prova”, violando-se, dessa forma, o direito ao contraditório.

Extraí-se dos autos, que o Ministério Público requereu a juntada da prova emprestada, consistente no relatório de interceptação telefônica extraído da ação penal nº 0000338-43.2016.8.05.0213, referente ao inquérito policial nº 026/2016, na audiência de instrução e julgamento ocorrida no dia 26/04/2017, ID 23069792, quando foi deferida pelo Magistrado.

A citada prova emprestada foi juntada aos autos em 08/01/2018, e, em seguida, foram intimados o Ministério Público e a Defesa dos réus, na pessoa do Bel. Cosme Victor Carvalho Garcia, ID 23069788.

Diante da ausência de manifestação do Defensor Dativo e da instalação e funcionamento da Defensoria Pública na Comarca, em 18/03/2019, foi aberta vista ao Defensor Público “para providências pertinentes”, tendo ele, em 13/06/2019, oferecido alegações finais, oportunidade em que se insurgiu, dentre outras questões, sobre a nulidade da interceptação telefônica como prova emprestada, ID 23069788.

Na decisão, ID 23069787, ao analisar a referida preliminar, o Juízo Primevo rechaçou a tese defensiva sustentando a possibilidade de utilização da interceptação telefônica, devidamente autorizada, “com a transcrição de parte do conteúdo interceptado”, e asseverou que foi

oportunizado à Defesa o acesso à prova emprestada, garantindo, assim, a ampla defesa e o contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que é dispensável a transcrição integral dos diálogos interceptados, conforme se verifica no julgado abaixo transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 6º, § 1º, DA LEI N. 9.296/1996. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DEGRAVAÇÃO PARCIAL COM DISPONIBILIZAÇÃO DE ÁUDIO. DESNECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DO CONTEÚDO DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DE TERMINAIS DE TRÊS RÉUS. PROVAS DERIVADAS. COMPLEXIDADE DO CASO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO. CRIME DO ART. 35 DA LEI ANTIDROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE TRÁFICO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (1.500 G DE MACONHA, 17 COMPRIMIDOS DE ECSTASY E 320" PONTOS "DE LSD). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA INERENTE AO DELITO. INVIÁVEL O RECONHECIMENTO DA REDUTORA DE PENA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Quanto à ausência de transcrição integral das conversas telefônicas interceptadas, "pacificou-se na doutrina e na jurisprudência desta corte superior que é desnecessária a transcrição do conteúdo das interceptações telefônicas para a validade da prova, bastando que as partes tenham acesso aos diálogos monitorados" (HC 541.328/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2020), como ocorre no caso em tela. Conclusão da Corte local de que "Os demais envolvidos no tráfico, segundo informes recebidos pelos policiais civis, eram os apelantes Lucas e Guilherme" (fl. 31), tendo sido recebida nova denúncia de envio de droga pelos Correios, o que ensejou o cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos em desfavor dos corréus. Hipótese em que houve a autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico de terminais dos três réus, a partir da realização de campanhas nas proximidades da residência do corréu Murillo e da notícia de recebimento de droga, seguida de posterior diligência na residência do paciente após cumprimento do mandado, a qual resultou na apreensão da droga remetida pelos Correios e destinada ao mesmo. Nesse contexto, "não se divisa qualquer ilegalidade nas escutas telefônicas, ou nas provas delas derivadas, quando as instâncias ordinárias, de acordo com a complexidade do caso, evidencia a necessidade de sua autorização ou prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais e em estreita observância aos critérios de indispensabilidade e razoabilidade" (AgRg no AREsp 567.997/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/8/2016). 2. [...] 7. Agravo regimental desprovido. (grifos acrescidos) (AgRg no HC 597.003/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 19/11/2021)

Admitida, portanto, a interceptação telefônica, como prova emprestada e sendo desnecessária a transcrição de todo conteúdo para a validade da prova, deve ser observado o contraditório.

In casu, verifica-se que a alegação defensiva de violação ao contraditório, em razão de não ter sido intimada para se manifestar, não procede. Isso porquê, após a juntada da prova, a Defesa foi intimada para “providências pertinentes” e teve pleno acesso ao material probatório, sendo-lhe garantido o direito de se insurgir contra ela e de refutá-la adequadamente, o que o fez em alegações finais, quando foi a tese acerca da nulidade da prova emprestada devidamente refutada.

Além disso, a prova emprestada, ao ser transportada, possui natureza jurídica documental, de modo que a parte recorrente teve a possibilidade de insurgência em face dela.

Conclui-se, assim, pela inexistência de nulidade na utilização da prova emprestada, tendo em vista que foi dada a possibilidade da Defesa sobre ela se manifestar, em obediência à garantia constitucional do contraditório, devendo, portanto, ser afastada a preliminar suscitada.

III – DO MÉRITO

DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS

A Defesa pugnou pela absolvição dos Apelantes alegando a insuficiência probatória, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Sem razão.

Segundo disposto no § 1º, do art. 1º, da Lei nº. 12.850/2013: “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Ainda conforme a referida Lei, no art. 2º, incide no tipo penal quem promove, constitui, financia ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

Com efeito, do exame do caderno processual, verifica-se ser patente a existência do delito de organização criminosa, evidenciada, especialmente, pela prova emprestada (interceptação telefônica) e pelos depoimentos colhidos, tanto em fase inquisitiva, quanto judicial.

A prova oral coletada na fase instrutória, por seu turno, e a degravação da interceptação telefônica demonstram, em conjunto com os elementos de informação produzidos na etapa policial, também, as autorias.

O conjunto probatório revela que os Apelantes integravam a organização criminosa, e que o Recorrente Hugo Péricles exercia, ainda, o comando dela.

Veja-se:

(...) “QUE já tínhamos recebido informações que JOSÉ CARLOS estava vendendo drogas no endereço acima mencionado, inclusive o mesmo já tem passagens nesta Unidade Policial por envolvimento com o tráfico de drogas, homicídios, tentativa de homicídio, posse irregular de arma de fogo e outros. QUE JOSÉ CARLOS disse ao depoente e a ELISALDO que estava devendo a quantia de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a HUGO, referente a drogas QUE ele disse que JAQUELINE também vende drogas junto com ele, principalmente em festas.” (...) (sic)

(Declarações do IPC José Inácio Nascimento Oliveira, em sede policial, ID 23069794)

Em Juízo, ID 23069792, disse que:

(...) “que é Policial Civil, que se recorda da ocorrência, que inclusive foi o declarante que encontrou o pacote com drogas; que estava acompanhado de ELISALDO; (...) que a companheira de JOSÉ CARLOS afirmou que ele movimentava drogas; que quando começou a fazer investigações, JOSÉ CARLOS estava na área do Pedro Tibúrcio, na área do Caburé, e depois ele ficou sumido do tráfico por um longo tempo; que depois de 01 (um) mês que ele chegou aqui ocorreu a prisão; que tem informação de que JOSÉ CARLOS tinha uma dívida com HUGO; que JOSÉ CARLOS continuava vendendo drogas para HUGO PÉRICLES porque não tinha como pagar a dívida; que encontraram a droga e JOSÉ CARLOS confirmou ser o proprietário; que a droga estava toda cortada para venda; que JOSÉ CARLOS assumiu que comercializava droga; que HUGO PÉRICLES era o chefe e tinha comando naquela região; que não pode afirmar, mas pode dizer que HUGO PÉRICLES é um dos braços direito de 'ROCEIRINHO' que criou a facção 'KATIARA; que HUGO PÉRICLES seria o comandando da facção 'KATIARA' aqui nesta região; que esta facção utilizava arma de fogo, que em uma determinada interceptação, HUGO liga para alguém no município de Tucano obrigando-o um comandado a ir até alguém e dar um aviso de que deveria vender a droga da mão dela, senão a 'quarenta' ia cantar, que a maioria dos homicídios são praticados usando arma calibre 40; que os principais ativos da facção são menores; que JOSÉ CARLOS morava na Rua da Brahma; que pode dizer que hoje a Rua da Brahma é dominada pela 'Caveira', mas havia uma intensa disputa por aquela região; que mesmo antes da prisão de JOSÉ CARLOS, já sabia da dívida deste com HUGO PERICLES; que não tem dúvida de que HUGO PÉRICLES exerce um papel de liderança da facção” (...)

(Declarações do IPC José Inácio Nascimento Oliveira, em Juízo, ID 23069792. Trecho extraído da sentença, ID 23069787, confirmado no ID 23069795)

(...) “QUE JOSÉ CARLOS já possui várias entradas nesta Delegacia, por homicídios, tentativa de homicídio, tráfico de drogas, posse irregular de arma de fogo e outros crimes. Que no trajeto ate esta delegacia, JOSÉ CARLOS disse ao depoente e a INACIO, que estava devendo a quantia de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao individuo HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA, que é o chefe da facção criminosa CP/KATIARA, nesta cidade. QUE JOSÉ CARLOS está vendendo drogas, nesta cidade, para HUGO, e falou que a companheira JAQUELINE também vendia drogas nas festas, junto com ele.” (...) (sic)

(Declarações do IPC Elisaldo de Matos, em sede policial, ID 23069794)

Em Juízo, ID 23069792, afirmou que:

(...) “que participou da ocorrência; que estava com JOSÉ INÁCIO e ANTÔNIO; que recebeu um telefone da esposa de JOSÉ CARLOS, noticiando que o mesmo estava na casa da sogra e ameaçando-a; que foram até o local e encontraram

o réu; que a esposa de JOSÉ CARLOS disse que tinha drogas na casa dele; que a droga estava bem escondida na casa; que a esposa de JOSÉ CARLOS informou o lugar certo onde estava a droga; que encontraram drogas, aparelhos celular e medicamentos; que JOSÉ CARLOS confessou que a droga era dele; que JOSÉ CARLOS é suspeito de participar do homicídio de 'Tutela'; que segundo JOSÉ CARLOS ele tava defendendo um dinheiro a HUGO PÉRICLES e resolver voltar a traficar que JOSÉ CARLOS vendia a droga para HUGO PÉRICLES; que já conhecia HUGO PÉRICLES; que HUGO pertence à facção 'KATIARA' e é líder da organização; que nas interceptação telefônica tem registro de HUGO encomendando mortes na região; que a organização utilizava armas de fogo e tem muitos menores envolvidos; que a história de JOSÉ CARLOS de que ele devia dinheiro a HUGO PÉRICLES é verdadeira; que parece que JOSÉ CARLOS devia R\$ 6.000,00, mas quando foi pagar HUGO disse que só queria R\$ 12.000,00; que HUGO é um dos chefes da organização; que as armas eram distribuídas geralmente com gerente do tráfico"(...) (sic) (Declarações do IPC Elisaldo de Matos, em Juízo, ID 23069792. Trecho extraído da sentença, ID 23069787, confirmado no ID 23069795)

Atente-se que os depoimentos prestados pelas testemunhas policiais, em regra, possuem plena eficácia probatória, sendo tal presunção afastada apenas na presença de motivos concretos que coloquem em dúvida a veracidade de suas declarações.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada. (grifos acrescidos)

(HC 87662, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 16-02-2007)

VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. – O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar

interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. (grifos acrescidos)
(STF HC 73518/SP, 1ª T., Relator: Ministro Celso de Mello, j. 26-03-1996, DJe18-10-1996).

No mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL (ART. 44, INC. III, CP). WRTI NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício. II – Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. III – Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. IV – Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. V – À luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. VI – Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consoante disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 73-75), fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação. (grifos acrescidos)

(HC 449.657/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

“(...) (a) Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF (Resp. 604815/BA, 5ª T., Relatora: Ministra Laurita Vaz, j. 23-08-2005, DJe 26-09-2005); (b) (...) Os policiais que participaram da custódia em flagrante podem figurar como testemunhas.” (grifos acrescidos)

(HC 45653/PR, 6ª T., relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-02-2006, DJe 13-03-2006).

Vale frisar que, no caso dos autos, não há qualquer elemento indicativo de que os policiais arrolados como testemunhas pela Acusação teriam razão para imputar falsamente o cometimento do crime aos Apelantes, razão pela qual deve dar-se especial relevância às suas declarações.

O réu José Carlos da Silva, em fase inquisitiva, ID 23069794, admitiu a aquisição da droga através de “um indivíduo conhecido como” BRUNO”, vulgo atribuído ao Apelante Hugo Péricles, conforme se vê das gravações da interceptação telefônica (ID 2369790):

(...) “QUE tal imputação é verdadeira. QUE a droga é sua. QUE vende cada pedra de crack, por R\$10,00 (dez reais) QUE comprou a droga em mãos de um indivíduo conhecido como” BRUNO”, mas uma menina desconhecida que lhe entregou QUE pagou a quantia de R\$1,000,00 (hum mil reais) pela droga. QUE não chegou a vender nenhuma pedra, pois adquiriu a droga há três dias QUE o interrogando vendeu uma tarefa de terra que tinha no tabuleiro por R\$1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais), e utilizou o dinheiro para comprar a droga PERG Há quanto tempo o interrogando vem vendendo drogas? RESP Que“ia começar Que já comprou a droga, cortada e embalada.” (...) (sic)

(Declarações de José Carlos da Silva Santos, em interrogatório, em sede policial, ID 23069794)

Em Juízo, ID 2306972, o Apelante José Carlos negou os fatos:

(...) “que já tinha sido preso antes por suspeita de homicídio e tráfico; que não usa drogas, apenas ingere bebida alcoólica; que desconhece HUGO PÉRICLES; que não deve nada a ninguém; que não disse que HUGO PÉRICLES era chefe de facção criminosa; que o declarante foi denunciado porque estava discutindo com a mulher, que está sendo incriminado por causa do seu passado; que os policiais lhe perseguiam e prendiam sempre por causa do seu passado; que estava discutindo com JAQUELINE; que JAQUELINE não vendia droga; que a polícia mostrou uma droga lá e disse que a droga era dele; que sua esposa também foi conduzida à Delegacia; que ficou preso em Serrinha em 2013” (...) (sic)

No relatório, ID 23069794, o Delegado de Polícia que presidiu as investigações, consignou que o Apelante José Carlos admitiu, informalmente, que comercializava drogas para o Apelante Hugo Péricles, de quem era “soldado e devedor”, mas que “não manteria sua primeira versão

porque temia represália”.

Pela análise dos depoimentos colhidos, os Apelantes integravam a organização criminosa. O Insurgente Hugo Péricles seria, ainda, o líder do grupo, denominado “CP/Katiara”, e responsável por comandar as ações armadas, gerenciar o tráfico de drogas e orientar os demais integrantes.

Nesse sentido, também é possível extrair tais informações das degravações das interceptações telefônicas realizadas, que comprovam a existência da organização criminosa e, em especial, a atuação do Apelante Hugo Péricles na liderança, além do envolvimento do grupo no cometimento de crimes:

(...) “JOÃO PAULO diz que é para conseguir o número de RAFA para passar para ele, que amanhã vai mandar pegar os bagulhos (armas e drogas) na mão de RAFA que vai chegar na mulher (MARICELMA) de BRUNO (HUGO) Para saber para onde é que tem mandar... DA JEGA diz que pode mandar para JUNINHO lá, para enterrar... DA JEGA diz que PAULISTINHA chegou na linha dizendo que iria ficar no lugar do COROA (HUGO)... JOÃO PAULO diz que PAULISTINHA também chegou nele falando esse bagulho... DA JEGA diz que o bagulho é para ficar do mesmo jeito que deixou...”(sic) (ID 23069788) fl. 193

(...)“MARICELMA diz que falou com um advogado e que ele falou que HUGO está no COOPE... CONTINUAM A CONVERSA PARA SABER PARA HUGO FOI LEVADO... (01m18s)... PAULISTINHA diz que mandou saber o que tem contra ele e diz que o advogado está achando que o mandado de prisão que prendeu ele foi daquela situação do cara da caatinga lá no Jorro (assassinato do policial)... MARICELMA diz que se for isso é mínimo... PAULISTINHA diz que se for isso é fácil de resolver... MARICELMA diz que por que teve uns caras que assumiram... PAULISTINHA diz que não teve esculta nenhuma provando que foi ele que mandou fazer esse negócio... MARICELMA diz que se for isso aí está maravilhoso... CONTINUAM A FALA SORE ONDE HUGO FOI LEVADO... (06m41s)... PAULISTINHA diz que quem chegou na linha com ele foi JADSON e falou sobre a confusão com de menor (ALFREDO)... PAULISTINHA diz que falou para deixar quieto pois a hora é de união e não de discussão... PASSAM A FALAR SOBRE COMO VAI FICAR O COMANDO DA QUADRILHA”(...) (sic) (ID 23069789) fl 196

(...)“HUGO: Não tem negócio de história. Não vou nem envolver ninguém. Eu mesmo vou tomar minhas providências por aqui e vou resolver ... tá me devendo quatro mil real meu irmão...está procurando negócio de história...ah que vai sair um carro... vou esperar soltar carro para me pagar, é? JAEDSON: Ele tava falando de tomar esse carro ai... dei um bocado de idéia a Felipe, escaldei ele todo... furar você todo... saia ai e vá lá para o Jorro. diz ele que queria pegar um material na minha mão que os meninos dele está plantado... eu doido para ele dizer quem é os meninos dele...você era menino da gente... voce traiu nós... você é traidor, safado... Ele disse, não rapaz liguei para conversar com você numa boa. Hugo disse que com você não tem boa não. Você é traidor. Traiu já era...é bala na cara... sem idéia... JAEDSON: Ele ligou para você foi? HUGO: Ele pediu meu número. Ele está lá onde os meninos da gente está pediu meu número para pedir arrego... tem que pedir arrego. Agua Quente, Tuca, está tudo dominado, como é que não vai pedir... e ada o Tuca já fechou foi tudo... entrocamento, matadouro agora arredondou foi tudo. Tudo uma batida só... o menino está vendo bicho, sabe que é tudo nosso mesmo.

Foi muita guerra, foi muita guerlha para está do jeito que está ai.... ai está tudo na paz, tudo de boa...agora é sentar e ganhar real...está tudo dominado."(...) (sic)

(...) "MARICELMA continua preocupada com a prisão de HUGO que estaria na COE
(...) MARICELMA diz "não sei se guento mais... eu falava a ele, da outra vez que for preso meu filho pode esquecer...não tenho mais cabeça pra isso"
PAULISTINHA diz para ela ter calma e não deixar HUGO em falta que "o que pegou pra ele foi as coisas que estavam acontecendo por esses dias agora, que ele tava mandando fazer muita coisa" MARIGELMA diz "isso vem é de muito tempo desde quando ele saiu!" PAULISTINHA confirma que "agora por esses dias ele exagerou na dose!" (HOMICÍDIOS A MANDO DE HUGO) "eu troquei idéia com o advogado daqui, o advogado falou o que mais tá pegando pra ele é esses negócio, do que a situação do comércio" ... "é capaz de mais pegar pra ele não é nem sobre a situação do comércio dele, é sobre a situação dos negócio que ele tava mandando fazer..." (...) MARICELMA pergunta se HUGO será encaminhado para a Federal ou para Serrinha. PAULISTINHA diz que é mais fácil descer pra Serrinha e que "o que fudeu ele foi esse bagulho da facção, que ele mandou pixar parede, meio mundo de bagulho foi o que começou o arrastão esse bagulho começou a arrastar... (...) MARICELMA pergunta "e agora hein?" PAULISTINHA diz que "o negócio dele é pesado"... "agora chegar nas cabeça, direitinho, trocar uma idéia com todo mundo, que essas cabeça que ficou agora não é que nem as cabeça de antes..." MARICELMA diz que "MENOR me disse aqui que tem um que já quer se sair!" PAULISTINHA diz que deve ser BRENO. MARICELMA diz que falou "mande ele pegar a reta dele" PAULISTINHA diz que "tem uma equipe boa agora, trocar uma idéia com os menino pra continuar tudo na mesma batida, botar as coisa pra andar, pra fortalecer ele, que muitos vai fraquejar, mas na hora que nego ver que vai continuar da mesma forma, vai ter que ficar!" - PAULISTINHA FICA DE PASSAR O NUMERO DO ADVOGADO PARA MARICELMA E SOBRE QUAL PRESÍDIO VÃO ENCAMINHAR HUGO, QUE SE UM DOS PRINCIPAIS LÍDERES DA FACÇÃO TÁ EM SERRINHA HUGO DEVE IR PRA SERRINHA TAMBÉM " (sic) (ID 2306789)

(...) "PAULISTINHA diz que vai avisar a BRENO "que até segunda ordem a idéia vai ficar comigo e quem vai ficar responsável da cidade é você" e manda JOÃO PAULO tomar uma atitude, que "se não, daqui a pouco, vai rolar golpe de estado e vai em você resgatar as peça e material" CONTINUAM FALANDO QUE SÃO ANTIGOS E SOBRE SUCESSÃO DO COMANDO NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA APÓS PRISÃO DE HUGO - PAULISTINHA diz que estavam falando que MANÉ iria suceder HUGO, mas MANÉ já está com a" INAUDÍVEL "decretada JOÃO PAULO diz que BRENO chegou e deu as idéia para pegar o cara (MANÉ) PAULISTINHA manda JOÃO PAULO abrir o olho para que ele (MANE) não tome tudo (armas)- CONTINUAM SOBRE A SUCESSÃO E JOÃO PAULO FICA DE MANDAR O NUMERO DE MK, BRENO E BACTÉRIA PARA PAULISTINHA" (sic)

De acordo com o setor de inteligência da polícia, através das investigações realizadas e dos elementos extraídos das interceptações telefônicas, a organização criminosa, liderada por Hugo Péricles, possui uma grande quantidade de membros, alguns dos quais já identificados, com funções específicas, e mantém sua hegemonia nas atividades do tráfico de entorpecentes, além de outras práticas ilícitas, que incluem roubos e homicídios.

Dessa forma, não restam dúvidas acerca das autorias delitivas, tendo em vista que as provas carreadas aos autos demonstram que os Apelantes

integravam a organização criminosa.

Saliente-se que se trata de organização altamente estruturada, organizada e estável, com divisões de tarefas bem definidas entre seus membros, com vistas à prática de diversos delitos, em especial, a traficância de drogas, como já citado.

Com efeito, as declarações uniformes e harmônicas das testemunhas, policiais responsáveis pelas investigações e prisão em flagrante do Apelante José Carlos da Silva Santos, e os demais elementos constantes nos autos, especialmente, a prova emprestada, que aponta as trocas de mensagens entre os integrantes, a utilização de armas, a participação de menores e a prática de crimes revelam, claramente, a participação dos Apelantes na organização e a posição de liderança ocupada pelo Apelante Hugo Pérciles, bem como o esforço de todos para atingir os objetivos criminosos da organização.

Logo, tendo em vista que o conjunto probatório mostra-se robusto e apto à comprovação do crime, inviável a absolvição dos Apelantes.

DA DOSIMETRIA DE HUGO PÉRCILES RIBEIRO SANTANA

Quanto à dosimetria penal, a Defesa pleiteia a reforma da sentença, ao argumento de que “encontra-se em descompasso com os ditames legais e jurisprudenciais”.

In casu, o douto Julgador procedeu à dosimetria da pena da seguinte forma, ID 23069787:

(...)

2. Em relação ao réu HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA;

Como visto, revela-se bastante elevada a culpabilidade do acusado, possuindo este, sem sombra de dúvida, plena consciência do caráter ilícito de suas ações, sendo-lhe exigível conduta diversa, pois sabia estar chefiando grupo criminoso cuja atuação se voltava à prática de diversos crimes como tráfico de drogas, roubos e homicídios, empregando armas de fogo e arregimentando crianças e adolescentes, daí porque possuía discernimento suficiente a agir por outro modo.

Mostram os autos que o acusado é réu primário, razão pela qual seus antecedentes não podem ser considerados ruins, apesar do mesmo ser réu em outras ações penais em trâmite nesta Comarca (0000405-08.2016.805.0213, 0000338-43.2016.805.0213 e 0000016-86.2017.805.0213). Possui conduta social presumivelmente recomendável, posto não demonstrada, nos autos, outros fatos desabonadores.

A personalidade revelou-se um tanto quanto fora do normal, visto que o acusado não se mostra arrependido do que fez tendo realizado conduta de exacerbada gravidade, pondo em risco a sociedade pombalense, especialmente por envolver adolescentes. São notórios todos os danos sociais que daí resultam, principalmente por afastar da possibilidade de um futuro mais digno pessoas em idade de desenvolvimento pessoal, emocional, educacional e afetivo. Ademais, embora os registros da prática de atos infracionais não possam ser utilizados para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem considerados crimes, podem ser sopesados na análise da

personalidade, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa.

São graves os motivos, consistentes na obtenção de vantagem pecuniária fácil.

As consequências do delito traduzem-se, principalmente, nos nefastos efeitos causados pelas drogas, fato de conhecimento público. Como já dito antes, o crime em questão repercute principalmente para as futuras gerações, posto que abrange menores em desenvolvimento, afastando-os do estudo, da convivência familiar e social, resultando no aumento da criminalidade social em razão do vício, que as leva a praticar delitos contra o patrimônio, a fim de fomentá-lo.

São devastadoras e aterrorizantes suas perspectivas de vida. É necessário que o Estado intervenha de forma mais firme, visando impedir ou minorar a amplitude do tráfico na sociedade. Cidades anteriormente tranquilas, especialmente aquelas do interior, hoje vivem em constante temor e uma espécie de clima de terror, face ao elevado número de pessoas viciadas que buscam, por meio de outros crimes, obterem condições de financiar o consumo de drogas.

À vista do exposto, fixo a pena base do delito em 06 (seis) anos de reclusão.

Reconhecendo a agravante prevista no § 3º do art. 2º da Lei nº 12.850/13, vez que o réu exercia o comando da organização criminosa, agravo a pena-base em 1/4 (um sexto), passando-a para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Inexistem outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Presente a causa de aumento no § 2º do art. 2º da Lei nº 12.850/13, aumento a pena em 1/2, passando-a para 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Presente, ainda, a causa de aumento especial prevista no art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13, majoro a pena em 2/3, passando para 18 (dezoito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, A QUAL TORNO DEFINITIVA ANTE A AUSÊNCIA DE QUALQUER OUTRA CAUSA MODIFICADORA.

Em observância, ainda, ao comando do art. 2º da Lei nº 12.850/13, e atento aos critérios preceituados no art. 43 da referida lei, nos arts. 49, § 1º, 59 e 60, do CP, bem como à situação patrimonial do réu, e na esteira de precedentes jurisprudenciais do STJ, CONDENO-O mais ao pagamento de 180 DIAS-MULTA, cujo valor fica fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da data do fato (julho/2016: R\$ 880,00), resultando o valor final em R\$ 5.280,00 (cinco mil e duzentos e oitenta reais), devidamente corrigido.

O regime de cumprimento da pena será o fechado, nos termos dos arts. 33 e 59, do Código Penal, considerando-se tal como adequado à periculosidade do delinquente."(...)

Da leitura da dosimetria realizada, verifica-se que para o ora apelante foram valoradas desfavoravelmente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, personalidade, motivos e consequências do crime.

De acordo com os ensinamentos doutrinários, a culpabilidade do art. 59 do CPB refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta do agente que ultrapasse o já punido pelo legislador em abstrato, ou seja, o quanto mais grave foi a ação do acusado que o diferencie da prática dos verbos-núcleo do tipo penal:

“Temos presente que a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos do crime em si, não podendo ser confundidos com a culpabilidade prevista no art. 59 do Código Penal, a qual se refere exclusivamente ao agente, dizendo respeito à censurabilidade, que nada mais é do que a reprovabilidade de sua conduta.” (SCHIMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. Salvador: JusPodivm, 2012. 7. ed. p. 115) (grifos acrescentados)

In casu, quanto ao Apelante Hugo Péricles, o Magistrado entendeu que “sabia estar chefiando grupo criminoso”. Todavia, percebe-se que o Juiz primevo incorreu em atecnica e indevido bis in idem ao avaliar negativamente a presente circunstância. Primeiramente, porque a “consciência do caráter ilícito do fato” é a concepção de ilicitude ao passo que a exigibilidade de conduta diversa é elemento componente da culpabilidade no terceiro substrato do conceito analítico de crime, que não se confunde com a culpabilidade do sistema trifásico dosimétrico construído por Nelson Hungria.

Igualmente, imperioso, ainda, o afastamento de tal sopesamento, considerando que o fundamento reveste-se na agravante prevista no § 3º, do art. 2º, da Lei 12.850/2013 (§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução), a qual foi aplicada na 2ª fase do cálculo dosimétrico, sob pena de incorrer em “bis in idem”.

Assim, deve ser considerada neutra a culpabilidade. Desta sorte, deverá ser afastado o juízo de desvalor ora operado.

No que diz respeito à personalidade dos agentes, mencionou o Juízo Primevo: “A personalidade revelou-se um tanto quanto fora do normal, visto que o acusado não se mostra arrependido do que fez tendo realizado conduta de exacerbada gravidade, pondo em risco a sociedade pombalense, especialmente por envolver adolescentes. São notórios todos os danos sociais que daí resultam, principalmente por afastar da possibilidade de um futuro mais digno pessoas em idade de desenvolvimento pessoal, emocional, educacional e afetivo. Ademais, embora os registros da prática de atos infracionais não possam ser utilizados para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem considerados crimes, podem ser sopesados na análise da personalidade, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa.”

Contudo, este Relator acompanha o entendimento doutrinário de que sua valoração está condicionada à existência de um laudo pericial elaborado por profissional da psiquiatria ou psicologia, o qual não fora produzido na ação penal de origem.

A lição doutrinária assim aduz:

“(...) Diante disso, torna-se evidente a difícil missão do juiz, pessoa inabilitada para tal mister, tendo que avaliar a personalidade do réu em alguns minutos.

Ora, tal situação é facilmente detectada, pois como poderá o magistrado, a partir da inexistência de qualquer exame médico específico, em poucos minutos concluir que o agente é uma pessoa pacífica, violenta, calma,

nervosa, sensível ou desprovida de sentimento humanitário?

Não restam dúvidas que se torna uma tarefa impossível, ou melhor, tecnicamente inviável e perigosa. Diante disso, a análise dessa circunstância atualmente se revela como sendo de alta complexidade, ao tempo em que defendemos inclusive a impossibilidade de ser atribuída tal tarefa tão-somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, por não estar habilitado tecnicamente a proceder com a melhor análise e valoração.

Dúvidas não nos restam de que tal circunstância somente poderá ser analisada e valorada a partir de um laudo psicossocial firmado por pessoa habilitada, o que não existe na grande maioria dos casos postos sub judice.” (grifos acrescentados) (Schmitt, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática. 6ª edição, 2012. pág. 94)

De fato, é por demais razoável entender que o Juiz de Direito não possui condições técnicas e qualificação suficiente para aferir os traços da personalidade de qualquer indivíduo. Seria difícil, inclusive, para o próprio profissional especializado em classificar comportamentos, realizar seu múnus em tão curto espaço de tempo, tomando por referência o contato que o órgão jurisdicional possui com o agente, nas audiências e no seu interrogatório.

Com efeito, diante da ausência nos autos de parecer conclusivo de profissional técnico para qualificar as personalidades dos sentenciados, deve-se reformar a sentença vergastada de modo a considerar a circunstância judicial sob apreço como neutra.

No que diz respeito ao motivo do crime, consignou o Magistrado que “São graves os motivos, consistentes na obtenção de vantagem pecuniária fácil.”

Como se pode ver, tal fundamentação deve ser rechaçada, uma vez que já integra a definição típica, é normal à espécie delitiva, não servindo para exasperar a reprimenda.

No tocante às consequências do crime, consignou o Magistrado:

“As consequências do delito traduzem-se, principalmente, nos nefastos efeitos causados pelas drogas, fato de conhecimento público. Como já dito antes, o crime em questão repercute principalmente para as futuras gerações, posto que abrange menores em desenvolvimento, afastando-os do estudo, da convivência familiar e social, resultando no aumento da criminalidade social em razão do vício, que as leva a praticar delitos contra o patrimônio, a fim de fomentá-lo.

São devastadoras e aterrorizantes suas perspectivas de vida. É necessário que o Estado intervenha de forma mais firme, visando impedir ou minorar a amplitude do tráfico na sociedade. Cidades anteriormente tranquilas, especialmente aquelas do interior, hoje vivem em constante temor e uma espécie de clima de terror, face ao elevado número de pessoas viciadas que buscam, por meio de outros crimes, obterem condições de financiar o consumo de drogas.”

As consequências do crime também foram valoradas equivocadamente, considerando que, além de fundamentação genérica, a argumentação sobre os “nefastos efeitos causados pelas drogas” já possui resposta estatal específica na sua criminalização prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Assim sendo, afastadas as circunstâncias judiciais negativas da culpabilidade, da personalidade, do motivo e das consequências do crime, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, qual seja 03 (três) anos e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias atenuantes, mas fora reconhecida, pela Origem, a agravante prevista no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 12.850/2013 de forma idônea. Isso porque existem nos autos materiais probatórios que aponta o poder de comando do ora insurgente, tais como os indicado abaixo:

Fls. 39/40 do ID nº 23069791:

3.1. HUGO PÉRICLES RIBEIRO DE SANTANA

"O criminoso em tela tomou-se investigado neste feito, em razão de continuar sendo apontado como o chefe de uma organização criminosa (OCRIM) voltada principalmente a prática do tráfico de entorpecentes, mas que também comete outros delitos correlacionados ao tráfico. A análise dos diálogos mantidos através dos terminais móveis celulares (TMC) de seu uso habitual, em cotejo com dados oriundos de outras diligências policiais, vem confirmar não só a existência e atuação desta OCRIM, bem como a participação de HUGO numa posição de destaque dentro desta organização. Restou comprovado, tanto no primeiro, quanto no segundo período de interceptações, que HUGO comanda um" exército "de violento criminosos que sob suas ordens praticam diversos crimes, causando medo e terror nas cidades onde agem. Vale lembrar que HUGO é responsável por distribuir entorpecente a outros distribuidores de menor envergadura na organização, abrangendo alguns municípios do Centro-Norte e Nordeste Baiano, como: Ribeira do Pombal, Tucano, Euclides da Cunha, Araci, Cicero Dantas, Antas e outros.

Fls. 35/36 do ID nº 23069790:

3.1. HUGO PÉRICLES RIBEIRO DE SANTANA

[...]

Durante todo o período de investigações restou comprovado que HUGO comanda uma quadrilha de criminosos, que muito violentos, espalham o medo e o terror nas cidade onde agem, praticando as mais variadas ações criminosos, como: tráfico de drogas; assassinatos; furtos e roubos; compra e venda de armas e munições; entre outros crimes. As interceptações demonstraram que HUGO é um bandido frio, que constantemente ordena o assassinatos de pessoa as quais ele e seu bando jugam como" rivais "ou" caguetes ", como foi o assassinato que ocorreu na cidade de Ribeira do Pombal, no dia 16/01/2016, onde foi executado com vários tiros a pessoa de JOSÉ CARLOS PEREIRA DOS SANTOS. O crime foi ordenado por HUGO e executado por JAQUINHO e JOÃO PAULO, como veremos mais adiante quando dos comentários deste" evento "criminoso. Arrogante e prepotente, HUGO se considera a cima da Lei, muitas vezes planejando ações criminosas contra delegacias, como pôde ser comprovado através de alguns diálogos mantidos entre HUGO e membros do seu bando e interceptados durante as investigações. A prática do tráfico de drogas é constada na totalidade dos diálogos mantidos entre HUGO e seus assecclas. São diálogos que claramente revelam a atividade ilícita do bando, onde os bandidos negociam quantidades de entorpecentes, falam sobre qualidade de droga, além de falarem sobre arrecadações e cobranças de dinheiro fruto do comercio criminoso. "

Nos diálogos interceptados entre os criminosos do quadrilha podemos constatar também a prática de diversos roubos de motos e veículos, principalmente ocorridos na cidade de Ribeira do Pombal. PCS.

Neste Auto circunstanciado comentaremos sobre mais três eventos criminosos que serviram para materializar, ainda mais, as investigações. Foram eles: A prisão em flagrante do Moto Táxi, RAFAEL DOS SANTOS AMADOR, no dia 15/01/2016, na cidade de Tucano; o assassinato de JOSÉ CARLOS PEREIRA DOS SANTOS, no dia 16/01/2016, na cidade de Ribeira do Pombal; e a prisão em flagrante de BIANCA SILVA DE SANTANA, no dia 18/01/2015, em Feira de Santana.

Vale destacar que neste período de monitoramento foi possível qualificar o fornecedor de HUGO, o traficante EDSO BARRETO SOARES, vulgo NEGO ou NEGO DE LIBERATO. Foram interceptadas mais ligações entre HUGO e NEGO. Mediante a interceptação de diálogos entre eles, e as negociações ilícitas entre os mesmos, foi possível prender em flagrante BIANCA SILVA DE SANTANA, com aproximadamente 14 kg de maconha.

Desse modo, a pena-base deve ser agravada no patamar de 1/6 (um sexto), motivo pelo qual fixa-se a pena intermediária em 03 (três) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Por sua vez, na terceira fase da dosimetria, embora não haja minorantes, existem 02 (duas) causas de aumento de pena idoneamente reconhecidas. Com efeito, primeiramente, o emprego de arma de fogo na Organização Criminosa está suficientemente evidenciada, como pode ser percebido abaixo:

Fl. 03 do ID nº 23069790: “Vale lembrar que alguns eventos criminosos praticados pela quadrilha já foram comentados no Auto Circunstanciado 01, como por exemplo: a tentativa de triplo homicídios ocorrido no dia 14/12/2015, na cidade de Ribeira do Pombal, ordenado por HUGO e MAQUINHO e executado pelo menor CARLOS MOISÉS, vulgo POPO ou BOB; e também a prisão em flagrante de ÍTALO, na cidade de Tucano, dia 24/12/2015, portanto uma pistola .380 pertencente a HUGO e seu bando”

Fl. 24 do ID nº 23069790: “JADSON diz alô...quem está falando? É Bruno (HUGO) porra...e aí parceiro... BRUNO (HUGO) diz amanhã cedo está lá, porra. Eu fui botar tava fora de sistema, tá ligado caixa ali, peguei uma fila da porra. Quando fui transferir já tinha transferido 5 mil para conta do cara, aí não traferia mais, mas amanhã cedo vai está na conta lá, logo cedo no primeiro horário porque você vai ter que vim para Feira, tanto faz descer amanhã como quinta, porque você vai ter que pegar as peças nas mãos do parceiro, entendeu...JADSON: O parceiro lá é e que bairro em Feira, mané...BRUNO (HUGO): O cara lá não se envolve com nada. O cara lá é de São Paulo, entendeu mano...o cara vai lhe entregar o negócio e já é. JADSON diz que está ligando porque você sabe que a mesma coisa que é pra me ligar para pegar o bagulho para nós resolver logo... BRUNO (HUGO): Ele vai lhe dar lá uma 380 e um 38 para você descer para Coité para resolver aquele negócio do irmão do finado...eu tô vendo aqui para ver se Popó desce e JAQUINHA para dar um apoio para você a mais...JADSON: será que precisa descer esses dois aí parceiro. Manda descer um só....BRUNO (HUGO) diz que tem um já na cidade, só você resolve...nós não está envolvendo PEZÃO pra

não ter muita conversa só está sabendo que vai rolar eu, você, Tchê e o parceiro de Tchê. Só, mais ninguém. JADSON diz que não precisa envolver POPÓ em nada não, manda JAQUINHO só. BRUNO (HUGO) diz que JADSON indo para lá primeiro ele vai pegar a visão. Lá tem um parceiro da gente também lá...Carlos, tem outros parceiros lá, parceiro de Tchê... você mesmo não vai precisar quase ninguém, você mesmo resolve...não envolver muita gente para não está estincando aquele chiclete. JADSON diz que é desse

Fl. 38 do ID nº 23069790: HUGO diz para HNI mandar TITIO atender o telefone e pergunta se "tu vai querrer um pouco de peixe" HNI diz que não vende isso não, porque "dá uns raio e cheira tudo" e pede para HUGO mandar 5 grama, pergunta quanto é 5 grama HUGO diz que é 150 HNI diz que pode mandar tirar as 05 grama e pergunta se "tá na pedra" (sobre qualidade) HUGO diz que "meu negócio não tem negócio de putaria não, você já viu eu mandar o que não presta pra você, se for o que não presta eu não quero não... só mando o que é bom, meu bagulho é caro, é assim e tudo mas dá pra todo mundo ganhar, entendeu, não é melhor que vocês trabalhar que nem PAULISTINHA tava fazendo não, dando cortada a vocês, agora vocês tá de boa meu irmão até ganhar dinheiro vocês tão" HNI diz que só não paga se não quiser mesmo HUGO diz que se não pagar as "quarenta canta, não tem jeik, as quarenta é uma frota que nós tem" (pistolas calibre ponto 40) HNI pergunta do outro lado lá em cima do matadouro HUGO diz que vai conversar com ALEX, com todo mundo que "queira não queira é a voz da maioria", que tem que dar uma oportunidade. Cita o exemplo de LUQUINHAS "LUQUINHAS al tinha guerra com nós feia, quantos tiro nós deu em LUQUINHAS, mas morreu com nós, foi fiel até a morte, entendeu, tá ligado parceiro. Então não julgo assim porque foi Alemão mas pode virar nós de verdade" – AO FINAL MANDA HNI FALAR PARA TITIO ATENDER POIS VÃO LEVAR O "DOCUMENTO" DELE –

Outrossim, a presença de menor na Organização Criminosa também é evidenciada, como visualizado abaixo:

Fl. 03 do ID nº 23069790: "[...]Vale lembrar que alguns eventos criminosos praticados pela quadrilha já foram comentados no Auto Circunstanciado 01, como por exemplo: a tentativa de triplo homicídios ocorrido no dia 14/12/2015, na cidade de Ribeira do Pombal, ordenado por HUGO e MAQUINHO e executado pelo menor CARLOS MOISÉS, vulgo POPÓ ou BOB; e também a prisão em flagrante de ÍTALO, na cidade de Tucano, dia 24/12/2015, portanto uma pistola .380 pertencente a HUGO e seu bando"

Fl. 40/41 do ID nº 23069791:

[...] Outros indivíduos que integram o bando de HUGO foram qualificados neste período de investigações, são eles: BRENÓ DANTAS DE MENEZES; RAFAEL DOS SANTOS AMADOR (Moto Táxi); LUCAS SOUZA DE SANTANA; ROBSON DE JESUS DIAS; ELIOMAR SANTOS DE JESUS, vulgo GIGI; JOÃO PAULO SOUZA DOS SANTOS, vulgo JOÃOZINHO; e o menor CARLOS MOISÉS FERREIRA DE SOUZA, vulgo POPÓ

Nesse cenário, o emprego de arma de fogo na Organização Criminosa (artigo 2º, § 2º, da Lei 12.850/2013) ensejou idoneamente o aumento de $\frac{1}{2}$ (metade), ao passo que a participação de menor gerou, também corretamente, o aumento de pena no patamar de $\frac{2}{3}$ (dois terços).

Ademais, é importante mencionar que não é necessária a apreensão da arma

de fogo ou a apreensão do menor para o reconhecimento das respectivas majorantes, ainda mais quando caracterizadas pela presença de material probatório suficiente.

Desse modo, considerando o uso do critério sucessivo/cumulativo na existência de duas majorantes, a pena definitiva deve ser fixada no patamar de 11 (onze) anos, 08 (oito) meses de reclusão, com a manutenção de 180 (cento e oitenta) dias-multa, sob pena de incorrer em reformatio in pejus.

Sobre a aplicação do critério cumulativo, Richardo Schmitt comenta:

“[...] em se tratando de causas de aumento de pena, a jurisprudência dos Tribunais Superiores adota o critério sucessivo ou cumulativo (nossa posição), enquanto que parte da doutrina sustenta a adoção do outro critério, da incidência isolada.

Em verdade, assim como os Tribunais Superiores, entendemos que o critério sucessivo ou cumulativo deva ser aplicado para ambas as hipóteses, diminuição ou aumento, propiciando os mesmos critérios para a terceira etapa do processo de dosimetria.

Não vemos o porquê em aplicar o critério da incidência isolada para as causas de aumento, sob pretexto de beneficiar o réu, uma vez que, havendo pluralidade de causas de aumento, a gravidade em concreto do crime reclama uma resposta penal condizente com a realidade, nem que para isso tenhamos que dosar uma pena maior. É necessária a observância da proporcionalidade da pena frente ao fato praticado pelo acusado.

Na prática, sem dúvidas, o critério da incidência isolada beneficia o réu, contudo não vemos motivo para isso, pois estamos trabalhando no plano concreto da situação fática, que merece maior reprovação. [Schmitt, Ricardo. S355 Sentença penal condenatória: teoria e prática/ Ricardo Schmitt. – 9. ed., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2015. 590p. Bibliografia. ISBN. 978-85-442-0486-3]

No mesmo sentido, o STJ entende pela possibilidade de aplicação:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE MAJORANTES. CRITÉRIO SUCESSIVO, CUMULATIVO OU DE EFEITO CASCATA. MOTIVAÇÃO CONCRETA.

[...]

2. Embora o critério da incidência isolada às causas de aumento de pena se revele mais benéfico ao condenado, a pena definitiva a ser dosada deverá se aproximar ao máximo da pena justa que se mostre a ideal diante da gravidade em concreto demonstrada pela prática do ilícito, o que conduziu o próprio legislador a alçar tais circunstâncias como causas de aumento da sanção penal.

3. Não há respaldo para a existência de critérios distintos em relação à incidência de causas de diminuição e aumento de pena, pois o critério que fundamenta uma deverá ser idêntico para a outra, de modo que a aplicabilidade do critério sucessivo, cumulativo ou de efeito cascata deve incidir sobre as causas de diminuição e aumento de pena, sem qualquer distinção.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no Agrg no HC 679.706/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022)

O regime prisional inicial de cumprimento de pena deverá ser mantido, qual seja, o fechado (art. 33, § 2º, a, do CP), mantidos os demais termos.

Ante o exposto, concede-se parcial provimento ao pleito, modificando-se a pena definitiva para 11 (onze) anos, 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprido em regime fechado, com a manutenção de 180 (cento e oitenta) dias-multa, sob pena de incorrer em reformatio in pejus.

DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA

A Defesa pleiteou a realização da detração penal.

Não comporta conhecimento.

Isso porque, não há nos autos informações seguras e firmes suficientes para realizar a contagem abstrata do tempo de prisão provisória na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, de modo a confirmar que os Apelantes ficaram presos durante todo o período, sem efetuar uma eventual fuga, por exemplo. Desse modo, a prudência impõe que o Juízo da Execução Penal seja o competente para a realização desta avaliação de forma segura.

Portanto, à míngua de elementos suficientemente seguros, deixa-se de realizar a detração, não se conhecendo do pedido formulado pelos Apelantes, sem prejuízo de que a competente Vara das Execuções Penais, uma vez munida das informações necessárias, venha a realizá-la.

DO PREQUESTIONAMENTO

Em relação ao pedido de manifestação para o fim de prequestionamento, tem-se que não houve ofensa aos dispositivos elencados, bem como as matérias levantadas já foram discutidas e analisadas de modo satisfatório, devendo o prequestionamento ser admitido tão somente para efeito de assegurar eventual interposição de recurso em instância superior.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO PARCIAL E:

(i) Quanto ao recorrente JOSÉ CARLOS DA SILVA SANTOS, pela EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DE OFÍCIO, COM BASE NO ARTIGO 107, I, DO CP, com o reconhecimento da respectiva prejudicialidade do pleito de decretação da nulidade dos autos.

(ii) Quanto ao apelante HUGO PÉRICLES RIBEIRO SANTANA, pelo PROVIMENTO PARCIAL, alterando-se a Pena definitiva para 11 (ONZE) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, MANTIDOS O REGIME INICIAL FECHADO E O PAGAMENTO DE 180 (CENTO E OITENTA) À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO DA DATA

DO FAT0, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento.

Salvador/BA, data constante da assinatura eletrônica.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA
RELATOR
(ASSINADO ELETRONICAMENTE)

Na hipótese, sob destreza, infere-se, concessa maxima venia, que o apelante, José Carlos da Silva Santos, que se encontrava preso, provisoriamente, à época, não foi apresentado para a audiência de instrução, realizada, em 26/04/2017, e, por via de consequência, não se fez presente. Demais disso, o magistrado de origem determinou o interrogatório do acusado na comarca em a qual este encontrava-se custodiado, sob o fundamento genérico da limitação do contingente policial.

O juízo primevo, malgrado a ausência do recorrente, deu prosseguimento ao processo, havendo, ao final, proferido sentença, condenando-o, como incurso, nas penas do artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13.

No caso entelado, inelutavelmente, a instrução processual, em tal audiência, por constituir prova judicializada, é conotada de conteúdo decisivo, na formação da convicção do julgador. Como consectário, mais que inelutável, tais provas não poderiam haver sido colhidas, como o foram, na ausência do acusado.

No particular, Antonio Scarance Fernandes 1, com o alíneo que lhe é peculiar, estribilha:

“A presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa. Estando na audiência, pode ele auxiliar o advogado nas reperguntas a serem dirigidas à testemunha ouvida. Por isso, em caso de acusado preso, este deve ser requisitado (...).”

Por igual, veja-se a voz de eminentes doutrinadores, da estirpe de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho 2:

“A validade da audiência depende, assim, de providências prévias... O acusado preso deve ser requisitado (art. 360, CPP), sob pena de invalidade da prova, colhida sem sua presença...”.

Em uníssono, Antônio Magalhães Gomes Filho 3:

“O imputado deve participar de todos os atos do processo, principalmente os da instrução, a fase processual mais decisiva para a aferição da efetividade do contraditório; é aqui, com efeito, que a participação ativa dos interessados mais se justifica; são as partes que tiverem contato com os fatos e estão mais aptas a trazê-los ao processo; por isso mesmo, também são elas que possuem os melhores elementos para contestar e explorar as provas trazidas pelo adversário, possibilitando ao julgador uma visão mais completa – e ao mesmo tempo crítica – da realidade”

Em prol da matéria, já se manifestou o STF:

“O direito de estar presente à instrução criminal garante ao acusado a ampla defesa. A violação desse direito importa em nulidade absoluta, e não

simplesmente relativa do processo.” (RTJ 79/110)

“O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos da própria comarca, do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência (HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do "due process of law" e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, d) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, d e f). Precedente: HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO. – Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes. (HC 93503, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-03 PP-00456 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 514-525)

Em uníssono, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, inc. 2, f, decreto nº 678 de 06.11.1992 – DOU 09.11.1992) assegura, em seu art. 8º:

“(...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.”

Irrompe, incontraditavelmente, à superfície dos autos, portanto, ter ocorrido, vergastamento desapiedado dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em decorrência do não comparecimento do apelante, à audiência de instrução, por culpa exclusiva do Estado-Administração.

A propósito, confronte-se a lição de Denilson Feitosa 4:

“As hipóteses de nulidade absoluta são as seguintes:

(...)

quando há violação de normas constitucionais, mesmo sem previsão de nulidade, como é o caso de violação de princípios e regras constitucionais. Por exemplo: violação do princípio constitucional do contraditório (...)” .

Como consectário, mais que lógico, tal nulidade permaneceu, qual chaga aberta, no processo, desmerecendo os atos procedimentais subsequentes o timbre da prestabilidade formal, por haverem sido contaminados de nulidade irremissível.

Corolariamente, na espécie solvenda, concessa venia ao ilustre relator,

foi ultrajado o sacrossanto direito de defesa, em sua largueza constitucional.

Enfatize-se, outrossim, que a garantia da ampla defesa, visceralmente, relacionada ao contraditório, ambos derivados do devido processo legal e alçados ao status de dignidade constitucional, são pressupostos da existência de um processo penal que se deseja justo e ético.

Na trilha de excelência de tal raciocínio, consulte-se Ada Pellegrini Grinover 5, quando explicita que “defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o direito de defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório”.

Vale escandir que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa pertinem, em última análise, à manifestação efetiva do acusado, com o desideratum de influenciar no convencimento do juiz.

Nesta mesmíssima cadência, dilucida Aury Lopes Jr. 6, com o alíneo que lhe é peculiar:

“O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do audiatur et altera pars [...]. O adágio está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade. Para W. GOLDSCHMIDT, também serve para justificar a face igualitária da justiça, pois 'quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la outra'. (...) Considerando o que dissemos acerca do 'processo como jogo', das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada 'oportunidade de fala'. [...]

O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. Como define RANGEL DINAMARCO – claramente inspirado por Elio Fazzalari –, o conceito moderno de processo necessariamente deve envolver o procedimento e o contraditório, sem o que não existe processo”.

Nesta mesmíssima alheta, diria Eugênio Pacelli que:

“O contraditório, então, passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito de reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. (...) Com efeito, uma estrutura dialética, de afirmações e negações, pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito (...).”.

Sublinhe-se que o direito de defesa do acusado, numa ação penal que tal, é indisponível, de modo que, caso não se lhe assegure o pleno exercício, ou se manejado, injuridicamente, ocasiona nulidade processual absoluta, rediga-se.

Demais disso, não se pode olvidar que as hipóteses de nulidade absoluta são cognoscíveis, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. De tudo quanto asseverado, há de haurir-se conclusão, mais que inelutável, de que houve, in specie, nulidade irremissível, dado o cerceamento do direito de defesa do apelante que teve ultrajado, desapiedadamente, o seu

direito ao contraditório e à ampla defesa, ante o não comparecimento à audiência de instrução.

Pontofinalizando-se, sublinhe-se que não se há de invocar, agora e aqui, o argumento de que incumbiria ao recorrente demonstrar, à sobejidão, o prejuízo sofrido, in casu, uma vez que o prejuízo soa ruidoso e tonitruante e é corolário da própria sentença condenatória.

Sobre o tema decidendo, consulte-se, novamente, Ada Pellegrini Grinover 7:

“O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.”

Curialíssimo que a hipótese, sob destreza, envolve inamovível nulidade, ainda que, ad argumentandum tantum, não houvesse qualquer demonstração de prejuízo. Até porque – diria Gloeckner – “alicerçar-se a declaração de nulidade de um ato processual na necessidade de manifestação do prejuízo que o respectivo ato causou à parte, no processo penal, não passa de uma tentativa de se realizar uma verdadeira burla de etiquetas, cujo fim último é a manutenção, na lógica que lhe é imanente, de uma ilegalidade congênita que se torna assim, mascarada”.

E continua o autor:

O que se pode extrair e concluir da distinção entre nulidades absolutas e relativas é, notoriamente, a impropriedade da aplicação da noção de prejuízo e sanabilidade, própria de um sistema penal autoritário. (...). A consequência mais perceptível para o processo penal reside na carência de legitimidade de um modelo que paute toda a sua estrutura no plano da sanabilidade e do prejuízo. Em primeiro lugar, as nulidades relativas não se adaptam ao processo penal por uma razão suficientemente óbvia: o processo penal não permite o condicionamento da validade dos atos processuais a sanatórias capazes de tornar o ato defeituoso válido, como se existisse um metaprincípio a ornar toda a estrutura do processo penal: a economia processual. No processo penal esta divisão conceitual é contraproducente, o que pode levar à relativização de direitos que não deveriam admitir qualquer forma de negociação 8.

Para além disso, dir-se-á, ainda, forte, em Ricardo Jacobsen Gloeckner, que “a caracterização da nulidade relativa cuida-se de uma concepção privatística de processo (...) sendo subserviente e ilustrativa de um sistema inquisitorial, justamente para servir de estrutura que permite a cadeia de transmissibilidade da ilegalidade prototípica de um regime totalitário aos regimes democráticos constitucionais” 9.

Sublinhe-se, sobremais, ser, de todo em todo, inadmissível “pensar que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida 10”. Tampouco, é admissível albergar “a velha falta de respeito a que se referia GOLDSCHMIDT, às categorias jurídicas próprias do processo penal 11.

Por certo, não se pode olvidar, nem por um instante, que “há chegado o momento (e se vão mais de 60 anos do trabalho de CARNELUTTI) de desvelar a diversidade fenomenológica (e metodológica) das duas irmãs processuais e compreender que o processo penal possui categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e que não mais se contenta a usar as vestes da irmã 12”, até porque “ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal 'bem da vida' como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo 13.”

Neste evolver argumentativo, pontua, mais uma vez, Ricardo Jacobsen Gloeckner “como é notório no processo penal a rigidez da estrutura de distribuição de carga probatória – voltada exclusivamente à acusação – impede que a demonstração de prejuízo siga os mesmos parâmetros do processo civil. Uma vez mais, a estrutura do processo civil é aplicada ao processo penal com consequências desastrosas” 14.

Demais disso, é inconfutável que a mera instauração de uma ação penal contra alguém já se constitui, em verdadeira tortura, já que todo processo, em si, representa uma pena, no sentido de que aflige e submete o imputado a um sofrimento, como ocorreu, in specie.

Tanto assim que diria Carnelutti: “desgraçadamente, a justiça humana está feita de tal maneira, que não somente faz sofrer os homens porque são culpados, mas também para saber se são culpados ou inocentes. O processo mesmo é uma tortura”.

Numa palavra, o prejuízo, sofrido pelo recorrente, adveniente da nulidade absoluta, ora proclamada, refulge cristalino, d'onde se deduz ser inaplicável à hipótese, sob descortino, o velho e revelho princípio, estereotipado, na parêmia francesa: “ne pas de nullité sans grief.”

De outro enfoque analítico, na análise dos efeitos da decretação de nulidade, levando-se, em linha de conta, o fato de os diversos atos procedimentais não existirem, isoladamente, há de se perquirir o nexo de causalidade entre os atos que se sucedem.

Consectariamente, como bem asseverado pela nunca assaz citada Ada Pellegrini Grinover 15, “normalmente, sendo vários os atos processuais ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo, ou, segundo a praxe judiciária, desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado”.

Dir-se-á, sem receio de enganos, que, no caso solvendo, a nulidade há de ser proclamada, a partir da audiência, ocorrida, em 26/04/2017, sem a presença do apelante, José Carlos da Silva Santos, assim como deverão ser, novamente, realizados os atos procedimentais, posteriores a esta.

Sobreleve-se, outrossim, que não cuida, agora e aqui, de apego fetichista a formalismos estéreis e obcecados, ou, no dizer lapidar de Frederico Marques 16, “de um formalismo hipertrofiado e rígido que ponha em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado, para dar excessivo realce ao respectivo *modus faciendi*”. Em senso contrário, trata-se da observância da forma, na medida em que esta representa garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais do acusado. Por sem dúvida, o direito não prescinde da forma, mas do formalismo, que representa a degenerescência da forma.

No particular, eis a lição, de rara maestria, de Aury Lopes Jr. 17: A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse bínômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. (...) É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal. A observância dessas formas não é um fim, mas um meio para assegurar cumprimento dos princípios. Acertada é a síntese de SCHMIDT: ‘não confundir formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma’.

Assim sendo e assim o é, acolhe-se, portanto, o pleito de nulidade, por

ultraje aos princípios da ampla defesa e do contraditório, proclamando-se, corolariamente, a nulidade do processo, a partir da audiência de instrução, realizada, em 26/04/2017.

Pelos fundamentos predelineados, voto pelo provimento da apelação, a fim de reconhecer, in hipotesis, a ocorrência da antedita nulidade processual, de natureza absoluta.

1 FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional, 4ª. ed., SP: RT, 2005, p. 81

2 Grinover, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal. 3ª. ed., SP: Malheiros, 1993, p. 133

3 Gomes Filho, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997, p. 154

4 Denilson Feitoza. Direito Processual Penal. Teoria, crítica e práxis. 7. ed. Niteroi: Impetus, 2010, p. 1058.

5 Ada Pellegrini Grinover [et al]. As nulidades no processo penal. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 85.

6 Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. 2 ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 181.

7 Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

8 Ricardo Jacobsen Gloeckner. Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 359, 456 e 459.

9 Ricardo Jacobsen Gloeckner. Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 355.

10 Aury Lopes Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 35.

11 Aury Lopes Jr. Ob. cit. p. 35.

12 Aury Lopes Jr. Ob. cit. p. 35.

13 Aury Lopes Jr. Ob. Cit. p. 36.

14 Ricardo Jacobsen Gloeckner. Nulidades no Processo Penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 480.

15 Ob. cit., p. 33.

16 Marques, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV, p.265

17 Aury Lopes Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 427/431