

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301455-17.2015.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Leandro Rodrigues da Silva

Advogado (s): LUCIO JOSE ALVES JUNIOR

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

02

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO QUANTO AO PLEITO DE DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PENA DEFINITIVA DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRESCRIÇÃO REDUZIDA PELA METADE. RÉU MENOR DE VINTE E UM ANOS NA DATA DO FATO. LAPSO DE DOIS ANOS E TRÊS MESES ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. RECURSO PREJUDICADO NESTE PONTO. PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE JUNTADA INCOMPLETA E EXTEMPORÂNEA DOS DOCUMENTOS RELATIVOS ÀS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PATRONO DO RECORRENTE QUE, INTIMADO ACERCA DAS MÍDIAS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, SE MANTEVE EM SILÊNCIO POR DOIS ANOS PARA ARGUIR A NULIDADE EM MOMENTO OPORTUNO PARA A DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA QUANTO AOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE PROVAS SUFICIENTES

PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DOS CORRÉUS QUE NÃO IMPLICA, NECESSARIAMENTE, NA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. PROVA ORAL E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS QUE DEMONSTRAM O VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE DO RÉU COM A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OPERAÇÃO POLICIAL “BEIJA-FLOR”, DE LARGA ESCALA, QUE RESULTOU EM DIVERSOS INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS. CONFISSÃO, EM JUÍZO, DA GUARDA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DOSIMETRIA DA PENA. REAJUSTE DA PENA-BASE QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE DE FUNDAMENTAR A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE EM ELEMENTAR DO TIPO. EXIGÊNCIA DE UM “PLUS” DE REPROVABILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA COM BASE NO ART. 42 DA LEI 11.343/2006 QUE SE IMPÕE. APREENSÃO DE 188 GRAMAS DE “COCAÍNA”, SUBSTÂNCIA DE PARTICULAR EFEITO NOCIVO. INAPLICABILIDADE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO E A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA QUE CARECE DE COMPLEMENTAÇÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO RÉU, QUE, ALÉM DE INTEGRAR A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, EXERCIA POSIÇÃO DE DESTAQUE NA HIERARQUIA, MANTINHA CONTATO DIRETO COM A LIDERANÇA E ALICIAVA MEMBROS. PLEITO DE AFASTAMENTO DAS CAUSAS DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DE QUE AS SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS ERAM ORIUNDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DE QUE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA UTILIZAVA ARMAS DE FOGO. APREENSÃO DE TRÊS CARTUCHOS CALIBRE .38, SOB GUARDA DO RÉU. PLEITO DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA DOS DESÍGNIOS E PLURALIDADE DE AÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE RESPONDEU PRESO. INALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE. PROVIMENTO PARCIAL PARA REAJUSTE DA DOSIMETRIA DA PENA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0301455-17.2015.8.05.0088, em que figura como apelante LEANDRO RODRIGUES DA SILVA, representado pelo advogado Lúcio José Alves Junior, OAB/BA nº 36.036, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER, em parte, o recurso e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, na parte conhecida, nos termos do voto do relator, reconhecendo, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003. Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 10 de Abril de 2023.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301455-17.2015.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Leandro Rodrigues da Silva

Advogado (s): LUCIO JOSE ALVES JUNIOR

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

02

RELATÓRIO

Vistos.

Consta na denúncia (IDs 27232843 a 27232845) que:

“[...] no dia 12/8/2015, por volta de 17h:30min, na residência da denunciada SIMONE DE SOUZA NOGUEIRA, situada na Rua Lajedão, nº 657, Monte Pascoal, Guanambi/BA, a polícia civil encontrou dezenove "trouxinhas" de cocaína e três munições de calibre 38.

A droga e as munições estavam sendo guardada por SIMONE DE SOUZA NOGUEIRA

a pedido da denunciada LUCIMAR BENTA RODRIGUES, que no dia anterior havia deixado o material no local. Esta agiu a pedido do filho, o denunciado LEANDRO RODRIGUES DE SOUZA, o qual havia recebido os objetos ilícitos do denunciado ALDO BERTO DE CASTRO.

Extraí-se dos autos que nenhum dos increpados tinha autorização para portar munições ou arma de fogo.

As substâncias entorpecentes apreendidas são proscritas pela Portaria SVS/MS nº 344/98 e se destinavam ao comércio.

Apurou-se que o acusado LEANDRO RODRIGUES DE SOUZA se associou, há pelo menos dois anos, à organização criminoso, especializada na comercialização de drogas nesta cidade, chefiada por ALDO BERTO DE CASTRO (já denunciado por associação para o tráfico, junto com outros membros da quadrilha, na AP n-2015.805.0088).

O líder enviava drogas e armas do Estado de São Paulo para os demais quadrilheiros. LEANDRO RODRIGUES DE SOUZA era responsável pela guarda e distribuição dos entorpecentes, além de ser controlador de "bocas de fumo".

Ex positis, LEANDRO RODRIGUES DE SOUZA praticou os crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06), associação para o tráfico, na forma majorada (art. 35 c.c o art. 40, IV e ambos da Lei nº 11.343/06), e porte ilegal de munição de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/03), em concurso material (art. 69 do Código Penal); LUCIMAR BENTA RODRIGUES ALDO BERTO DE CASTRO praticaram os crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e de porte ilegal de munição de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/03), em concurso material (art. 69 do Código Penal), enquanto que SIMONE DE SOUZA NOGUEIRA praticou os crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e de posse irregular de munição de uso permitido (art. 12 da Lei nº 10.826/03), em concurso material (art. 69 do Código Penal) [...]"

De mais a mais, adoto como próprio o relatório da sentença (ID 27233390). O juízo a quo julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo, diante da insuficiência probatória, os demais acusados, e condenando o apelante LEANDRO RODRIGUES DA SILVA como incurso nas penas previstas nos arts. 33 e 35 c/c art. 40, IV e V, todos da Lei 11.343/06, e art. 14 da Lei nº 10.826/03, em concurso material.

A reprimenda definitiva foi fixada em 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 1353 (um mil, trezentos e cinquenta e três) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Foi estabelecido o regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado com o r. decum, o apelante interpôs recurso, com as razões recursais no ID 27233547, suscitando, preliminarmente, nulidade processual em virtude da juntada do relatório das interceptações telefônicas somente após a audiência de instrução.

No mérito, requer a absolvição pelos delitos de associação para o tráfico e tráfico de entorpecentes, por insuficiência probatória, e pelo delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, em razão da ausência de laudo pericial e da insignificância da conduta; subsidiariamente, requer o reconhecimento do tráfico privilegiado, a fixação das penas-base em seus mínimos legais, com um aumento de apenas 1/6 em razão das causas de aumento previstas no art. 40, IV e V, da Lei 11.343/2006, e a aplicação do concurso formal de crimes.

Por fim, pleiteia os benefícios da justiça gratuita e a fixação do regime

aberto de cumprimento de pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, além do reconhecimento do direito de recorrer em liberdade, já se trata de réu primário, com bons antecedentes, residência fixa, bom comportamento carcerário e responsável por uma filha menor.

O Ministério Público apresentou contrarrazões no ID 27233578, pugnando pelo parcial provimento do recurso interposto, apenas para redimensionamento da pena aplicada.

Por sua vez, a Procuradoria de Justiça, no ID 28195909, opinou pelo conhecimento do apelo e, no mérito, pelo improvimento.

É o relatório.

Salvador, 29 de março de 2023.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301455-17.2015.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Leandro Rodrigues da Silva

Advogado (s): LUCIO JOSE ALVES JUNIOR

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

02

VOTO

Vistos.

Da análise dos autos, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Dessa forma, passo ao enfrentamento das teses recursais.

I. DO PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

De plano, antes de adentrar às demais questões suscitadas pelo recorrente, urge destacar que, no que tange ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita/isenção de custas processuais, o pleito não deve ser conhecido, uma vez que tal matéria compete ao Juízo das Execuções Penais, conforme disposto no art. 804, do CPP, c/c § 2º e § 3º, do art. 98, do CPC.

Com efeito, conforme entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça e encampado em inúmeros precedentes deste E. TJ/BA, o Juízo da Execução é quem possui melhores condições para análise da situação econômica do sentenciado, notadamente pela possibilidade de alteração das circunstâncias fáticas entre a condenação e a execução da pena. Consequentemente, dado o fato de que a análise da matéria não é inerente à fase de conhecimento, todo sentenciado deverá ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos moldes do art. 804, do Código de Processo Penal, que estabelece categoricamente que “A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”, como ocorreu na presente hipótese. No mesmo sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXPRESSIVO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PRETENSÃO DE ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 8. Como é cediço, este Superior Tribunal possui entendimento consolidado no sentido de que o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais [...] 9. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg no AREsp: 1916809 PR 2021/0188170-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 14/09/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2021)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CORRUPÇÃO DE MENOR. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO. SÚMULA N.º 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE APREENSÃO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA NO TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENALIS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O alegado estado de miserabilidade do Réu, utilizado como argumento para viabilizar a isenção de qualquer consectário legal, deve ser aferido pelo Juízo das Execuções Penais. [...]” (STJ – AgRg no AREsp: 1335772 PE 2018/0189427-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/02/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2020)

Diante disso, entendo que o pedido da concessão da gratuidade da justiça

não deve ser conhecido, sob pena de usurpação da competência do juízo da execução.

II. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE PORTE DE MUNIÇÃO: PRESCRIÇÃO.

É cediço que a prescrição da pretensão punitiva consiste matéria de ordem pública, reconhecível em qualquer tempo e grau de jurisdição, e que se configura como “a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso temporal” (NUCCI, 2020).

Também é sabido que o cômputo da prescrição se dá pela pena em abstrato ou pela pena em concreto.

A primeira hipótese refere-se às situações em que ainda não houve condenação e, portanto, toma-se a reprimenda máxima que pode ser aplicada pelo juiz, para servir de parâmetro para o cálculo da prescrição, seguindo a relação de proporcionalidade estabelecida no art. 109, do Código Penal, in verbis:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Já a segunda hipótese ocorrerá quando houver condenação transitada em julgado para a acusação, tomando-se por base a pena concretamente aplicada na sentença e observando-se a mesma relação de proporcionalidade acima transcrita, conforme determina o art. 110, caput e § 1º, do Código Penal. Vejamos:

Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º – A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Ademais, reforçando o texto legal, a Súmula nº 146, do Supremo Tribunal Federal, estabelece, categoricamente, que “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

No caso sub judice, a denúncia foi recebida em 17/03/2016 (ID 27233125) e a sentença publicada somente em 20/06/2018 (ID 27233390), tendo o recorrente, quanto ao crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, sido condenado à reprimenda de dois anos de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Sendo o recurso exclusivo da defesa e tendo a pena privativa de liberdade sido fixada em quantum superior a um e não excedente a dois anos, denota-se que a prescrição se verificaria no prazo de quatro anos, nos termos do art. 109, V, c/c art. 110, § 2º, ambos do Código Penal.

Entretanto, conforme disciplina o art. 115 do Código Penal, os prazos prescricionais constantes no artigo supramencionado, devem ser reduzidos à metade, quando for o réu menor de 21 anos à época da conduta delitiva, situação esta a dos autos.

Portanto, deve ser reconhecida a redução do prazo prescricional de 04 (quatro) para 02 (dois) anos, a serem computados do recebimento da denúncia até a publicação da sentença condenatória.

Consequentemente, é facilmente perceptível a ocorrência da prescrição na modalidade retroativa, na medida em que o lapso temporal decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória equivaleu a dois anos e três meses, e que não ocorreu nenhuma das hipóteses suspensivas do respectivo prazo, previstas no art. 116, do CP, o que torna imperiosa a declaração da extinção da punibilidade. No mesmo sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE RETROATIVA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Transcorrido o prazo prescricional previsto no art. 109, V, do CP, faz-se necessário o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 107, IV, do CP. (TJ-MG – APR: 10079130321817001 Contagem, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 15/03/2022, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/03/2022)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA – PRELIMINAR DE OFÍCIO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL NA MODALIDADE RETROATIVA – OCORRÊNCIA – PREJUDICADA A ANÁLISE DO APELO. – Considerando que entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença transcorreu lapso temporal superior ao prazo prescricional, mostra-se necessário o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo em sua modalidade retroativa. (TJ-MG – APR: 10079150526618001 Contagem, Relator: Paula Cunha e Silva, Data de Julgamento: 09/11/2021, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/11/2021)

Desse modo, em observância aos prazos instituídos no art. 109, V, c/c art. 110, § 2º, do Código Penal, alternativa não há, senão o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, quanto ao delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.

III. DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO ART. 8º DA LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

Argumenta o apelante, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, já que não teriam sido disponibilizados todos os documentos e mídias pertinentes às interceptações telefônicas realizadas, além de os relatórios terem sido juntados aos autos após a audiência de instrução e julgamento, quando o réu já tinha sido interrogado, o que violaria o art. 8º da Lei nº 9.296/96.

Afirma que a base do processo judicial em tela são as interceptações telefônicas obtidas por meio da operação “Beija-Flor”, que perdurou de maio de 2014 a setembro de 2015, tendo a defesa sido impossibilitada de analisar se foram respeitadas, pelas autoridades, os prazos da medida, em virtude da ausência de juntada dos documentos em sua integralidade.

Em que pese o esforço argumentativo da defesa, verifica-se, na petição de

ID 27233291, que o órgão ministerial requereu a disponibilização, aos advogados dos réus, das mídias inseridas nos autos de interceptação telefônica de nº 0700022-44.2014.8.05.0088, com a admissão de todo o material como prova emprestada.

O pleito ministerial foi inteiramente acolhido pelo juízo a quo (ID 27233294) e, em seguida, houve publicação para o patrono do apelante (ID 27233295), em dezembro de 2016, que não manifestou qualquer dificuldade no acesso às mídias.

De fato, em outubro de 2017, quase um ano depois, a defesa do acusado peticionou nos autos (ID 27233384) solicitando apenas as mídias referentes à audiência, para confecção das alegações finais, sem fazer nenhuma menção às mídias relativas à interceptação telefônica, sendo certo que estas estavam acauteladas na secretaria da vara criminal, como elucida o juízo de 1º grau na sentença de ID 27233390.

Assim, se houve algum prejuízo à defesa, o que não se vislumbra, este é imputável apenas e tão somente a ela, sendo certo que entre a publicação do despacho disponibilizando as mídias e a sentença judicial, em 20/06/2018, passaram-se quase dois anos, período em que poderia ter sido sanada eventual dificuldade no acesso ao material.

Conclui-se que a defesa se manteve em silêncio, mesmo diante das oportunidades de se manifestar nos autos ou solicitar diligências, deixando para suscitar o suposto vício em um momento que melhor lhe convinha, já em sede de alegações finais.

Ademais, as transcrições das mídias constam nos relatórios de IDs 27233292 e 27233293, tendo a defesa acesso integral aos autos de interceptação telefônica de nº 0700022-44.2014.8.05.0088, não havendo que se falar em prejuízo.

Frise-se que o processo penal é regido pelo princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual os ritos e procedimentos não são vistos como fins em si mesmos, mas sim como meios de se garantir um processo justo e equânime, que confira real efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Não podem, portanto, alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, dar ensejo à invalidação dos atos processuais.

É imprescindível que o reconhecimento da nulidade esteja atrelado à revelação do dano efetivo sofrido pela parte – *pas de nullité sans grief* –, postulado básico da disciplina das nulidades, que resta previsto no art. 563 do CPP, segundo o qual “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Nesta direção, assevera o Supremo Tribunal Federal, em entendimento firme e consolidado:

“Ementa: Penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Homicídio. Alegação de nulidade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o “princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção” (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). [...]. 3. A Primeira Turma do STF, no julgamento do RHC 135.530, Rel. Min. Edson Fachin, fixou o entendimento no sentido de que, “[p]or força da Súmula 523/STF, ‘no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver

prova de prejuízo para o réu', sendo que referido gravame não decorre simplesmente da ocorrência de um juízo condenatório. Indispensável que o interessado ao menos sinalize nexos causal mínimo entre a irregularidade articulada e o resultado processual desfavorável, sob pena de adoção de exacerbado formalismo que não se conforma com o postulado *pas de nullité sans grief*, cristalizado no art. 563, CPP". [...] Por fim, a defesa não demonstrou efetivamente o prejuízo decorrente da alegada nulidade". [...] 6. Agravo regimental a que se nega provimento". (STF – HC: 221838 PE, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/12/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 03-02-2023 PUBLIC 06-02-2023)

Quanto à juntada extemporânea dos relatórios de interceptação telefônica, o que violaria o art. 8º da Lei nº 9.296/96, melhor sorte não assiste à defesa, sendo a jurisprudência firme no sentido de que inexistente nulidade processual, ainda que a juntada ocorra na fase de alegações finais. Acerca do tema, os seguintes julgados das duas turmas do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DA DECISÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MEIO DE PROVA LEGALMENTE AUTORIZADO. CONVERSAS CITADAS NA DENÚNCIA. MÍDIAS E TRANSCRIÇÕES DISPONIBILIZADAS À DEFESA, ANTES DA SENTENÇA. VALIDADE DA PROVA ENCONTRADA FORTUITAMENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Em conformidade com o art. 563 do CPP, nenhuma nulidade será declarada se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. A prova do dano pode ser evidente e ser reconhecida por mero raciocínio lógico, quando violadas garantias que impactam substancialmente o devido processo legal, mas é sempre necessária para a sanção de invalidade. 2. In casu, cópias das decisões que autorizaram a interceptação telefônica e suas prorrogações foram juntadas ao processo de forma extemporânea, na fase da apelação, em detrimento da regra de que todos os documentos produzidos contra o réu devem ser disponibilizados à defesa. 3. Todavia, as conversas captadas foram mencionadas na própria denúncia e, além disso, mídias, com suas respectivas transcrições, estavam disponíveis aos defensores durante toda a instrução criminal. A prova cautelar foi contraditada, antes da prolação da sentença. 4. As peculiaridades dos autos evidenciam que a defesa não se sentiu prejudicada. Os profissionais que assistiram o acusado estavam cientes da existência da decisão que deferiu a interceptação telefônica, mas não do seu conteúdo. Todavia, não requerem a cópia do ato judicial e mantiveram-se em silêncio nas oportunidades que tiveram de se manifestar nos autos. Deixaram para suscitar o vício no momento que melhor convinha, depois da condenação, mas não há, à luz do art. 563 do CPP, razão para pronunciar a nulidade do processo e determinar seu retrocesso para que os advogados tenham acesso ao decisorio e oportunidade para impugnar sua motivação, uma vez que esses estágios foram cumpridos antes do julgamento da apelação e o Tribunal se pronunciou sobre a legalidade da quebra de sigilo. [...] 6. Habeas corpus denegado”. (STJ – HC: 696962 SP 2021/0312912-7, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 08/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2022)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. JUNTADA TARDIA AOS AUTOS DA AÇÃO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE

PREJUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "Não há nulidade a ser conhecida na juntada tardia das transcrições das interceptações telefônicas, visto que foram incorporadas aos autos antes da abertura de prazo para as alegações finais, possibilitando à defesa o amplo acesso, a fim de refutá-las, antes da prolação da decisão condenatória, o que garantiu o pleno exercício do contraditório, notadamente se não apontado nenhum prejuízo efetivo". (AgRg no REsp 1416858/PB, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 15/06/2015). 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no RHC: 73401 SP 2016/0188092-3, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 15/05/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2018)

Desta forma, não se observa a ocorrência de qualquer fato ensejador de nulidade processual, inexistindo violação a dispositivo de lei ou aos princípios do contraditório e ampla defesa, ficando afastada a preliminar suscitada pelo apelante.

Passa-se à análise do mérito recursal.

IV. DA IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

O recorrente sustenta a inexistência de provas suficientes para sua condenação pelos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico.

Argumenta que o juízo a quo baseou a condenação exclusivamente nas interceptações telefônicas, que sequer teriam sido integralmente juntadas aos autos, impossibilitando a defesa de saber se os diálogos utilizados para fundar o decreto condenatório ocorreram dentro do prazo legal de quinze dias.

Pleiteia a desconsideração da prova testemunhal, já que baseada em interceptações telefônicas cujo material não foi totalmente disponibilizado para a defesa.

Quanto à associação para o tráfico, afirma que não houve a comprovação do vínculo estável e permanente, tendo o suposto líder da organização, Aldo Berto Castro, sido absolvido, sendo contraditória a condenação do "funcionário" controlador das "bocas de fumo", e a absolvição do "chefe" fornecedor das "mercadorias".

Aduz que o recorrente nunca foi preso com entorpecentes, visto portando armas de fogo ou vendendo substâncias ilícitas, inexistindo comprovação da traficância.

Inicialmente, no que concerne à alegada nulidade das interceptações telefônicas, supostamente decorrente de sua juntada extemporânea e/ou incompleta aos autos, a matéria já foi enfrentada em sede preliminar, razão pela qual toda a prova produzida será considerada válida e apta a lastrear um decreto condenatório.

Ademais, não procede a afirmação de que o juízo a quo valeu-se exclusivamente das interceptações telefônicas para fundamentar a condenação, já que a sentença faz expressa menção às três testemunhas de acusação ouvidas em juízo, que, após denúncia anônima, apreenderam as substâncias ilícitas; ao laudo toxicológico; e aos interrogatórios dos acusados, tendo o apelante confessado a prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Conclui-se, portanto, que as interceptações telefônicas foram apenas a base da investigação, e que, a partir delas, houve a produção de um vasto acervo probatório.

A análise das provas constantes nos autos revela que, contrariamente ao

que alega a defesa, o apelante Leandro Ribeiro de Souza, vulgo “Saco”, não só intermediava a venda de entorpecentes, controlando a “boca de fumo”, como participava ativamente nas negociações e organização da estrutura criminosa, como é possível observar no relatório de ID 27233292:

Fl. 04: “[...] Através do monitoramento do investigado Jamilson de Souza Rocha, v. Cusono, foi possível identificar vários integrantes da Orcrim liderada por Baú. Exercendo papel na distribuição de drogas e principalmente de armas, Cusono mantém contato frequente e presta contas da venda de drogas com [...] Leandro Ribeiro de Souza [...]”.

Fl. 09: “[...] Através do monitoramento de Luciano Luiz da Silva, V. Motor, constatou-se que este participava dos ataques contra os rivais na companhia principalmente de [...], tendo como alvos os rivais [...] Leandro Saco [...]”.

Fl. 26: “[...] Em conversa com Arthur Neto, Poliano fala [...] que o povo estava doido atrás dele, que pensaram que estava grampeado (preso), e fala que a civil pegou Saco (Leandro) hoje, e os policiais perguntaram por Neto e Serginho, que o homem (Delton) ligou procurando saber [...] Neto pede a Poliano para pegar uma mercadoria (droga) em sua mão e entregar a Saco (gerente de vendas no Lajedo), pois de carro é melhor que de moto para subir lá, depois informa que já entregou, e depois pega as duas na mão de Poliano. Neto fala com Poliano ao mesmo tempo que fala com Saco em outro telefone e manda fazer a cobrança, molhar a peteca para render [...]”.

Fl. 28: “[...] A investigada Rayane, irmã de Pikachu, comenta com a mãe Debora que Luzimar foi presa dentro de casa com drogas do filho Saco, e Débora informou que a droga pertenceria a Delton [...]”.

Em depoimento prestado em juízo, o policial civil Armando de Almeida Silva confirmou que o apelante recebia uma fração maior da droga, oriunda de São Paulo, e a fracionava para outros membros da organização criminosa, liderada por Aldo Berto de Carvalho, conhecido como Delton.

O policial civil ouvido relata ainda que o recorrente aliciou sua própria esposa, para a qual repassava a droga fracionada para venda, tendo ela sido presa por integrar a facção criminosa.

Esclarece, ainda, que o apelado e o líder da organização possuíam um vínculo direto, o que ficou evidenciado quando o réu passou uma ligação de Aldo para dois outros membros da organização contendo ordens para a prática de um homicídio.

Vejamos:

“[...] que participou da diligência que resultou na apreensão de drogas e munições na Rua Lajedão no dia 12/08/2015; que estava investigando, com seus colegas, LEANDRO, conhecido nas investigações como SACO; que em junho do ano passado, quando estava de férias, recebeu uma ligação informando que LEANDRO estava com droga na residência; que o soldado CLEBER formou uma equipe e foi até a residência de LEANDRO; que não foi encontrada droga; que o tempo passou e as investigações foram intensificadas; que recebeu uma ligação informando SIMONE estava com uma droga que seria de SACO e que a mãe guardou na residência de SIMONE; que foi até a residência de SIMONE, que fica em frente à residência de SACO; que a filha de SIMONE estava no sofá e SIMONE estava no quarto com a neta; que SIMONE veio e o depoente perguntou se ela estava guardando alguma coisa ilícita; que SIMONE de imediato disse 'Tá ali e eu não quero problema'; que encontrou a droga e as munições em um armário abandonado no fundo da casa, em uma das

gavetas; que a droga não estava jogada, que estava guardada, escondida num cantinho; que SIMONE disse que a mãe de SACO tinha pegado, na manhã anterior, um liquidificador, e quando foi entregar, no período da tarde, que já foi com essa droga; que a mãe de SACO deixou o liquidificador na mesa e disse que ia fazer um negócio ali; que ficou reticente, mas deixou, e não foi olhar para ver o que era; que a droga não era nem da mãe e nem de SIMONE, que era de SACO; que SACO traficava naquela área, o que era de conhecimento da polícia; que SACO aliciou a esposa IAIA GUIMARÃES FREITAS, com quem tem um filho, para traficar; que a esposa de SACO foi denunciada como integrante da organização criminosa de DELTON; que foi até a residência de SACO, onde estava SACO e sua mãe; que foi feita uma busca, mas nada foi encontrado; que a polícia sempre faz abordagens na região e que SACO, com medo de flagrante, escondeu a droga na casa de SIMONE, uma pessoa que não era visada ou vinculada à organização criminosa; que SACO é um dos membros da facção de DELTON, com quem tinha contato direto; que no dia em que MAMA E CLAUDIANO cometeram um homicídio quem recebeu a ligação de DELTON foi SACO; que foi SACO quem levou o telefone para MAMA e CLAUDIANO; que SACO foi preso no período em que acontecia o trabalho de inteligência de sigilo telefônico; que SACO recebia a droga e fazia a distribuição para a própria esposa ou companheira, e FILIPINHO, um menor; que FILIPINHO fazia a venda, que isso faz parte do trabalho da organização criminosa; que SACO recebia a fração maior, que ele fracionava para os demais membros do grupo como CIDINHA, FILIPINHO, BRUNO, IAIA antes de ser presa, que vendiam no local; que foram encontradas 19 trouxinhas de cocaína, que podem ser fracionadas em várias outras partes; que SACO era dos controladores da venda naquela área; que SACO fazia parte do comércio ali, que fazia a venda da distribuição para os outros integrantes como também fazia a venda direta para o usuário; que desde dezembro de 2014 ou janeiro de 2015 estava investigando SACO; que além da droga foram encontradas três cápsulas 38; que a droga estava enrolada em um saco, as cápsulas também, e tudo estava dentro de um outro saco transparente, enrolado com fita crepe; que achou que fosse uma arma; que ficou um volume só; que a organização era chefiada por DELTON; que a droga vinha de São Paulo para Guanambi; que no dia em que CLAUDIANO foi preso ele disse que DELTON ligou para ele e que foi SACO quem passou a ligação; que ou SACO ligou para DELTON ou DELTON ligou para SACO e essa ligação chegou em CLAUDIANO; que concluiu que todos integram a mesma facção e que havia um vínculo entre SACO e DELTON; que está na polícia há treze anos [...]. (depoimento do PC Armando de Almeida Silva em juízo, mídia audiovisual, PJE Mídias)

O policial civil Antônio Sérgio Simões Pereira também confirmou a participação do apelante na organização criminosa, afirmando que o vínculo entre Aldo e Leandro era estável e duradouro, existindo há aproximadamente dois anos:

“[...] que participou da diligência que resultou na apreensão de drogas e munições na Rua Lajedão no dia 12/08/2015; [...] que SIMONE mostrou onde estava a droga no quintal da casa; que ela tirou a droga do armário e mostrou para os policiais; que além da droga foram encontradas três munições; que foram encontradas 19 trouxinhas de cocaína e três cartuchos 38, intactos; que a própria SIMONE mostrou onde estavam as drogas, dizendo que a mãe de SACO tinha colocado as drogas lá e que ela não queria problemas; que SIMONE foi no quintal e entregou a droga para a polícia;

[...] que SACO era investigado pela polícia civil como sendo um dos homens de confiança do traficante ALDO BERTA, vulgo DELTON; que SACO tinha contato com DELTON, guardava drogas, armas, distribuía drogas para a boca; que foram realizadas duas diligências na área atrás de SACO, sem êxito; que o ponto de vendas dele era o Lajedo; que eles mataram um rapaz lá no Lajedo e ALDO achou ruim esse trabalho, então ligou para SACO, que por sua vez passou o telefone CLAUDIANO; que SACO era o interlocutor, o que foi confirmado por CLAUDIANO à polícia; que CLAUDIANO disse que DELTON mandou recolher esse corpo, que estava lá no Monte Pascoal, com um carrinho de mão, e foi jogado no mar [...] que o vínculo entre DELTON e LEANDRO existia há aproximadamente dois anos; [...] que a conexão de DELTON para fornecer as drogas vem de São Paulo; que o grupo era armado e eliminava usuários inadimplentes; que os vizinhos tem muito receio de falar de DELTON; que muita gente no Lajedo trabalha para ele; que DELTON é o chefe da organização; que DELTON tem contatos em São Paulo, que trazem a droga e fazem a distribuição; que nunca ouviu falar de JADSON de Brumado; que nunca ouviu falar de droga vinda de Brumado para Guanambi”.(depoimento do PC Antônio Sérgio Simões Pereira, mídia audiovisual, PJE Mídias)

No mesmo sentido, o depoimento do policial civil Welton Moreno Botelho, o que demonstra a inexistência de contradição entre as provas produzidas nos autos:

“[...] que não participou da diligência que resultou na apreensão de drogas e munições na Rua Lajedão no dia 12/08/2015, mas estava presente na delegacia; que houve uma denúncia de que numa determinada casa no Lajedão havia droga escondida; que policiais civis foram lá; que a denúncia dizia que a casa era de SIMONE; que a equipe foi formada por Armando, Simões, Nelson Junior e Luiz Florêncio; que entraram na casa de SIMONE, que indicou o local em que as drogas estavam; que como SIMONE disse de quem eram as drogas, a equipe foi para a outra casa; que SIMONE informou que a droga era de SACO (LEANDRO); que deram voz de prisão para SACO; que a mãe foi presa porque SACO deu a droga para ela para SIMONE guardar; que SIMONE disse que a droga era de LEANDRO, que deu a droga à mãe para que pedisse que SIMONE guardasse; que SIMONE disse que não queria problema para ela; que foi encontrada munição junto com a droga; que o calibre era 38; [...] que nenhum dos acusados tem permissão para portar arma de fogo; que LEANDRO participava da organização criminosa; que os policiais já vinham investigando aquela área; que no mês anterior houve outra denúncia; que o depoente participou da diligência anterior, em busca de drogas na casa de LEANDRO, mas nada foi encontrado; a denúncia era de que LEANDRO estava traficando; que o nome de LEANDRO foi citado como um dos participantes da quadrilha; que ele vendia droga; quem fornecia a droga era o grupo de DELTON; que DELTON era o chefe da quadrilha; que DELTON tinha contatos em São Paulo para fornecimento da droga [...]; que LEANDRO estava sempre em observação; que foi a primeira vez em que a mãe e SIMONE foram envolvidas; logo em seguida foi deflagrada a Operação Beija-Flor [...]”(depoimento do PC Welton Moreno Botelho, mídia audiovisual, PJE Mídias ID nº)

Pontue-se que, a associação para tráfico é um crime formal, ou seja, sua consumação prescinde da produção de resultados no plano concreto, bastando que dois ou mais indivíduos se unam, de modo estável e permanente, com a finalidade de realizar qualquer das condutas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Gize-se que a absolvição do suposto líder da organização criminosa, neste processo, não significa que ela não exista ou que dele não faça parte o apelante, até porque os demais crimes cometidos pela facção serão julgados em processos criminais distintos.

De fato, a operação Beija-Flor, segundo notícia de 03/09/2015, resultou na prisão de sessenta e quatro pessoas, apreensão de dezenas de veículos (carros e motos), aproximadamente cinquenta armas de fogo e grande quantidade de entorpecentes. Link para a fonte acessada: <https://www.destaquebahia.com.br/noticias/5216-2015/09/03/64-presos-esteeo-resultado-da-operacao-beija-flor-maior-operacao-da-policia-civil-em-guanambi>

O escopo do julgamento é limitado pelo objeto da ação penal, que, no caso dos autos, restringe-se à apreensão de substâncias ilícitas e munições ocorrida no dia 12/08/2015, na Rua do Lajedão, em Guanambi.

Assim, cabia ao juízo a quo, como o fez, analisar o arcabouço probatório relativo ao fato narrado na denúncia, pelo qual foi condenado o apelante, mas absolvido Aldo Berto Castro, que, contudo, está sendo investigado por outros crimes perpetrados pela organização criminosa, não estando a condenação de um atrelada à condenação do outro, até porque, como já visto, o recorrente dispunha de autonomia para distribuir e comercializar entorpecentes dentro da estrutura da facção.

Vejamos o entendimento jurisprudencial acerca do tema:

“PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS JUDICIAIS DOS POLICIAIS. AUTO DE APREENSÃO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA DE VOZ. PROVAS ROBUSTAS DE TRAFICÂNCIA. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE DEMONSTRADO. PENA CORPORAL NÃO SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS, RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há se falar em absolvição por insuficiência de provas quando as provas carreadas aos autos, em especial as interceptações telefônicas e os depoimentos dos policiais, demonstram claramente a prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, de forma estável e permanente, com clara divisão de tarefas. [...] 4. Recurso conhecido e parcialmente provido”. (TJ-DF 00079150420188070001 DF 0007915-04.2018.8.07.0001, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 03/12/2020, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 11/12/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O crime de associação para o tráfico exige vínculo associativo duradouro e estável entre seus integrantes, com o objetivo de fomentar especificamente o tráfico de drogas, por meio de uma estrutura organizada e divisão de tarefas para a aquisição e venda de entorpecentes, além da divisão de seus lucros. 2. A conclusão obtida pela Corte estadual sobre a condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico foi lastreada em contundente acervo probatório carreado aos autos. 3. Pela leitura das peças encartadas aos autos, conclui-se que a decisão tomada pelas instâncias antecedentes acerca da condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico foi lastreada em

contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias que levaram à sua condenação, não se constatando constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do habeas corpus. 4. Agravo regimental não provido". (STJ – AgRg no HC: 663885 RJ 2021/0132939–3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/05/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2021)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE EXAME GRAFOTÉCNICO. PRECLUSÃO. CONDENAÇÃO AMPARADA EM OUTRAS PROVAS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A alegação da defesa de que seria necessária perícia grafotécnica nas cadernetas e anotações contábeis apreendidas na investigação deflagrada somente foi formulada em grau recursal, operando-se a preclusão, ademais, não foram estes os únicos elementos de prova que levaram à condenação do recorrente, não havendo que se falar em nulidade processual. 2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram haver prova concreta da prática do tráfico de entorpecentes, assim como da estabilidade e da permanência da associação criminosa, tendo o réu sido alvo de investigações, as quais concluíram tratar-se de membro de facção criminosa, que, do interior do estabelecimento prisional, conduziria as atividades criminosas no local em que a polícia encontrou drogas, cartuchos e armas, além do caderno com anotações relativas ao tráfico de entorpecentes. [...] 6. Agravo regimental não provido". (STJ – AgRg no AREsp: 2048056 TO 2022/0016089–9, Data de Julgamento: 27/09/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2022)

Por todo o exposto, incabível a tese defensiva de absolvição do acusado pela ausência de provas do crime de associação para o tráfico. No que concerne ao delito de tráfico de entorpecentes, é cediço que o art. 33 da Lei 11.343/06 tem a finalidade de punir a traficância, prevendo um total de dezoito condutas típicas relacionadas ao comércio e à movimentação de entorpecentes, sem que se exija a presença de qualquer elemento subjetivo, como o intuito do indivíduo de traficar ou comercializar. Vejamos:

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

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

No caso sub judice, a análise das provas carreadas aos autos revela que as substâncias ilícitas apreendidas pelos policiais estavam, de fato, sob a guarda do apelante, o que foi confessado em juízo.

Com efeito, a materialidade delitiva restou comprovada pelos documentos contidos no Inquérito Policial de IDs 27232846 a 27232994, notadamente o auto de prisão em flagrante (ID 27232848), os termos de declarações dos policiais (IDs 27232850 a 27232853), os termos de interrogatório (IDs 27232854 a 27232859), o auto de apreensão (ID 27232869) e o laudo de constatação (ID 27232888).

O auto de apreensão e o laudo pericial atestam a apreensão de 19 (dezenove) trouxinhas de “cocaína”, totalizando 188 (cento e oitenta e oito) gramas, e 3 (três) cartuchos calibre 38.

Por sua vez, a autoria encontra-se evidenciada pelo relatório das interceptações telefônicas (ID 27233292) e pela prova oral produzida em juízo, já transcrita, especialmente pela confissão do acusado de que as substâncias entorpecentes estavam sob sua guarda:

“[...] que nunca foi preso ou processado; que alguns fatos da denúncia são verdadeiros e outros não; que guardou as drogas a pedido de um ex-colega de escola que está morando em Brumado; que esse ex-colega vem para Guanambi de 15 em 15 dias e pediu que o acusado guardasse as drogas, que seriam buscadas dentro de 15 dias; que só guardou a sacola, mas não sabe qual a droga ou qual a quantidade; que pegou a sacola do jeito que recebeu; que o ex-colega prometeu pagamento de R\$ 400,00 pela guarda das drogas; que ele estava precisando de dinheiro; que o nome do ex-colega é JADSON, mas não sabe dizer o sobrenome e nem onde ele mora em Brumado; que JADSON sempre vem em sua casa; que o acusado pediu a SIMONE que guardasse as drogas, prometendo o pagamento de R\$ 100,00; que sua mãe não tem nada a ver com isso; que ficou com medo de guardar em casa e sua mãe achar; que sua mãe trabalha na Prefeitura e não aceita coisa errada; que SIMONE é sua vizinha; que não sabe porque SIMONE disse que guardou a droga a pedido de LUCIMAR; que acha que SIMONE ficou com medo de sobrar para ela porque o acusado era de menor; que tem 20 anos de idade; que não tem envolvimento com a organização criminosa de ALDO; que não conhece ALDO nem nunca falou com ele, nem mesmo por telefone; que só conhece esse ex-colega JADSON que, até onde sabe, é trabalhador, ou pelo menos era antes de se mudar; que nunca falou com JADSON sobre droga por telefone; que contou uma versão diferente dos fatos na delegacia porque ficou com medo de a polícia bater nele [...]”. (interrogatório do réu Leandro Rodrigues da Silva em juízo, mídia audiovisual, PJE Mídias)

A acusada Lucimar Benta Rodrigues, mãe do apelante, apesar de ter negado conhecimento acerca do tráfico praticado pelo filho, confirmou a versão dos policiais civis de que substâncias ilícitas foram encontradas e apreendidas na casa de sua vizinha Simone:

“[...] que nunca foi presa ou processada; que trabalha como gari para a prefeitura; que com essa empresa trabalha há 12 anos com carteira assinada, mas que já trabalhava desde antes; que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que nunca teve conhecimento que seu filho mexia com droga; que ficou sabendo dessa droga quando os policiais entraram na sua casa e levaram todo mundo que estava na casa para a delegacia; que perguntou ao policial ARMANDO o que estava acontecendo e que ele disse que na delegacia ela ficaria sabendo; que não sabe porque SIMONE disse aos policiais que a acusada tinha lhe pedido para guardar as drogas; que nunca teve problema com SIMONE; que não são amigas, mas moram na mesma rua; que LEANDRO nunca pediu à acusada para pedir a SIMONE que guardasse a droga; que não sabe porque foi envolvida; que todo mundo sabe o que ela pensa de droga; que abomina droga; que não sabia de nada; que estava sentada no sofá de tarde, assistindo a novela do SBT quando a polícia chegou; que SIMONE não tinha motivos para lhe incriminar, que nunca tiveram problemas, que são vizinhas, mas ela não anda na casa de SIMONE; que já viu seu filho na casa de SIMONE, mas não sabe dizer qual a

relação entre eles; que seu filho era mais próxima de SIMONE do que a acusada; que SIMONE é doméstica, mas não estava trabalhando quando foi presa; que não sabe como SIMONE se sustentava; que SIMONE tem três filhos; que SIMONE não tem marido; que SIMONE estava sem trabalhar há três meses [...] (interrogatório da ré Lucimar em juízo, mídia audiovisual, PJE Mídias ID nº)

Em seu interrogatório judicial, a acusada Simone de Souza Nogueira, vizinha do recorrente, também confirmou os depoimentos dos policiais civis, afirmando que entorpecentes que foram encontrados em sua residência eram pertencentes ao apelante:

“[...] que nunca foi presa ou processada; que é verdade que foi encontrada droga na sua casa, mas que ela não tinha conhecimento dessa droga; que os policiais chegaram na sua casa dizendo que tinha uma denúncia de droga na casa da acusada; que não tinha conhecimento de droga na sua casa; que os policiais entraram e ela disse que eles poderiam olhar; que na sua casa os muros são baixos; que quando os policiais chegam o pessoal que usa droga joga droga para todo lado; que não tem acesso a esse pessoal da droga; que só tem contato com seus vizinhos de muitos anos, que é gente direita e de confiança; que a droga foi encontrada em um pedaço de armário velho que fica no corredor que dá acesso ao quintal; que o armário não fica dentro da casa; que sua casa é lajedo; que nesse armário só fica sacola vazia e garrafa vazia, essas coisas; que na delegacia disse que tinha emprestado um liquidificador para Dona LUCIMAR; que LUCIMAR foi na sua casa devolver o liquidificador um ou dois dias antes da prisão; que LUCIMAR pediu para guardar o liquidificador lá no fundo; que foi rápido isso; que LUCIMAR foi a única pessoa que entrou na casa da acusada; que o liquidificador estava na mão de LUCIMAR, puro; que acusada estava sentada no sofá com seu neto e LUCIMAR foi guardar o liquidificador; que nunca foi procurada por LEANDRO para guardar droga em troca de R\$ 100,00; que a polícia foi olhar o quintal e ela ficou na porta da cozinha; que os meninos que usam droga saltam o muro e jogam a droga; que viu o momento em que a polícia encontrou a droga; que estava nesse armário que dá para o muro aberto da rua; que LUCIMAR só estava com o liquidificador na mão, que entrou e saiu rápido; que só foi envolvida porque a droga estava no seu quintal [...] (interrogatório da ré Simone em juízo, mídia audiovisual, PJE Mídias ID nº)

Registre-se, porque oportuno, que a jurisprudência pátria firmemente tem aceitado o depoimento de policiais em grau de similaridade e mesma relevância probatória ao de qualquer outra testemunha, em atenção ao art. 202, do Código Processual Penal, desde que se encontre em coesão e harmonia com o restante das provas. Neste sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS, RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENOR. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E DEMAIS TESTEMUNHAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ESCORREITA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DESCRITO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06. INOCORRÊNCIA. ATOS DE MERCANCIA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Restando provadas a autoria e a materialidade dos crimes em questão, bem como verificada a destinação comercial ilícita dos entorpecentes apreendidos, é

devida a condenação do recorrente. 2. É consabido que os depoimentos dos policiais e demais testemunhas têm validade, mormente quando submetidos ao crivo do contraditório e corroborados com o conjunto probatório colacionado aos autos. [...]” (TJ-AC – APL: 00034745420148010011 AC 0003474-54.2014.8.01.0011, Relator: Des. Pedro Ranzi, Data de Julgamento: 23/11/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/11/2017)

No caso sub judice, os relatos dos agentes de segurança pública são uniformes e estão em consonância com os interrogatórios dos acusados, devendo ser considerados um elemento de prova especialmente relevante para a verificação da ocorrência do delito.

Assim, entendo que tampouco merece amparo a tese absolutória quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, restando suficiente demonstrada a autoria e materialidade delitiva referente aos delitos capitulados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06.

V. DA DOSIMETRIA DA PENA.

É sabido que o cálculo da pena, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, obedece ao denominado sistema trifásico, que consiste na aplicação prática do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Assim, passo à análise da dosimetria da pena aplicada pelo juízo de origem, integralmente.

V.I. DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

V.I.I. DA PRIMEIRA FASE.

Na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena-base, atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal.

Conforme sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátria, neste primeiro momento, a autoridade judiciária está atrelada aos limites mínimo e máximo abstratamente estabelecidos no preceito secundário do tipo, de modo que a pena-base somente se afastará do patamar mínimo caso estejam presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No caso dos autos, o juízo a quo realizou a análise dosimétrica da pena de cada um dos delitos separadamente, começando pelo tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

A pena-base foi exasperada para o patamar de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, além de 700 (setecentos) dias-multa, em virtude da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais: a culpabilidade e a circunstância especial do art. 42 da Lei 11.343/2006. Vejamos:

“[...] I – DA PENA DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33 DA LEI 11.340/06 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Culpabilidade: alta, o agir do acusado, a audácia empregada, denota o seu destemor e desprezo pela ordem legal. Desfavorável;

Antecedentes: não há informações nos autos. Favorável;

Conduta social: não há como aferir. Favorável;

Personalidade do agente: não há como aferir. Favorável;

Motivos: nenhum que desabone. Favorável;

Circunstâncias do crime: não se aproveitou de nenhuma circunstância especial além das que integram o tipo. Favorável.

Consequências do crime: desconhecidas. Favorável;

Quanto à natureza da substância: a substância entorpecentes apreendida possui elevado poder viciante e deletério, conhecida como cocaína.

Desfavorável;

Quanto à quantidade da substância: foi apreendida uma quantidade

razoável, qual seja, 188 gramas. Desfavorável;

Tomando como parâmetros as circunstâncias acima observadas e fundamentadas, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica do réu [...].” (sentença, ID 27233390)

Analisando os autos, verifica-se que a quantidade e a natureza da substância guardada pelo apelante devem, de fato, ser valoradas negativamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.

Isso porque consta no Auto de Apreensão e no Laudo de Constatação (IDs 27232869 e 27232888) que foram apreendidas 19 (dezenove) trouxinhas de “cocaína”, totalizando 188 (cento e oitenta e oito) gramas.

Trata-se de considerável quantidade de “cocaína”, substância entorpecente de especial poder nocivo, tendo as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça consolidado entendimento no sentido de que a exasperação da pena-base é recomendada nestes casos:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL DA PENA-BASE NÃO VERIFICADA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 1.1. A Corte estadual manteve a aplicação da fração de 1/2 sobre o mínimo legal (2 anos e 6 meses) em exasperação da pena-base dada a quantidade da droga, mais de 11kg de cocaína. Consoante precedentes, não há desproporcionalidade. 2. Agravo regimental desprovido”.

(STJ – AgRg no AREsp: 2096022 SP 2022/0089872-7, Data de Julgamento: 14/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2022)

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. 1. Em relação aos delitos de tráfico de drogas, dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Nesse sentido, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de reprovabilidade sobre a conduta delituosa. 2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena-base na fração de 1/6, em virtude da apreensão de razoável quantidade de crack, além de algumas porções de cocaína e maconha, quantidade essa que, na hipótese, não pode ser considerada irrelevante ou pequena o suficiente a ponto de manter a neutralidade da aludida vetorial na primeira etapa do cálculo. 3. Agravo regimental desprovido”.

(STJ – AgRg no HC: 706132 SC 2021/0363470-7, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 15/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022)

Já no que concerne à valoração negativa da culpabilidade com base na “audácia empregada”, no “destemor” e no “desprezo pela ordem legal”, assiste razão à defesa quando alega a inidoneidade da fundamentação judicial, não sendo possível que elementares do tipo sejam utilizadas para agravar a pena além do mínimo legal.

Como elucidado por Ricardo Schmitt (Sentença Penal Condenatória, 16ª ed., 2022, p. 129-131), há dois tipos de culpabilidade: em sentido estrito, que é um elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, sem a qual não há conduta punível; e em sentido lato, que é a reprovação social que o crime e seu autor merecem. Apenas a última, quando valorada negativamente, autoriza a exasperação da pena-base, exigindo-se do julgador uma fundamentação idônea e individualizada desse “plus” de reprovação social identificado no caso concreto. É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1474053/AL; HC 329745/AL). Já é esperado de qualquer traficante de entorpecentes um destemor e um desprezo pela lei, não tendo o juízo a quo descrito a suposta audácia na prática do delito, que ensejaria uma valoração negativa da culpabilidade em seu sentido amplo.

Assim, inexistindo, no caso concreto, um grau de reprovabilidade que extrapole o próprio tipo penal, e considerando que as demais circunstâncias judiciais são favoráveis, passa-se à fixação da pena-base, que será exasperada apenas pela circunstância descrita no art. 42 da Lei 11.343/2006.

Com lastro no critério utilizado por este E. Tribunal de Justiça – aumento na fração de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima – chega-se à pena-base de 6 (seis) anos e 3 (três) meses e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

V.I.II. DA SEGUNDA FASE.

No que tange à segunda fase da dosimetria, o juízo de origem aplicou as atenuantes previstas no art. 65, I e III, d, do Código Penal:

“[...] CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE

In casu, é viável a aplicação das circunstâncias atenuantes previstas no art. 65, I e III, d, do Código Penal.

Com efeito, LEANDRO RODRIGUES DA SILVA, ao ser interrogado em juízo confessou ter recebido a substância entorpecente apreendida, bem como deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa, uma vez que o acusado contava com 20 (vinte) anos de idade na data dos fatos.

Dessa forma, diminuiu a pena em 1 (um) ano e 200 (duzentos) dias-multa. Totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica do réu.

CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE

Não vislumbro a ocorrência de nenhuma [...]”.

Verificando-se, no caso em análise, que o apelante contava com menos de vinte e um anos na data do fato e que confessou a prática do delito, agiu com acerto o magistrado de 1º grau.

Inexistindo causas agravantes, aplica-se a fração de 1/6 para cada atenuante, chegando-se à pena intermediária de 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, já que, nos termos da Súmula 231 do STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

V.I.III. DA TERCEIRA FASE.

Na terceira e última fase da dosimetria, o juízo a quo afastou a hipótese de tráfico privilegiado, bem como indicou a inexistência de causas de aumento de pena, mantendo a pena definitiva no mesmo patamar da pena intermediária, nos seguintes termos:

"[...] CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Não vislumbro a ocorrência de nenhuma.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Pleiteia a defesa do acusado o reconhecimento da causa especial de redução de pena insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, in verbis: [...]

Ocorre que para a incidência desta causa de diminuição de pena é necessário o preenchimento de 4 (quatro) requisitos cumulativos, quais sejam: acusado primário, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa. Acerca dessa causa de diminuição de pena, leciona Renato Marcão: [...]

Seguindo as orientações acima apresentadas, o acusado não preenche os pressupostos para aplicação da causa especial de redução de pena disposta no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, uma vez que restou demonstrado nos autos que ele se dedicava a atividades criminosas e integrava a organização criminosa de traficantes.

Ve-se, assim, que o delito ora imputado ao acusado não é um fato criminoso isolado em sua vida, ao contrário, as informações acima indicam que ele se dedicava às atividades criminosas.

Nesse sentido é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal: [...]

Dessa forma, é incabível a concessão da benesse descrita no artigo 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, uma vez que não foram preenchidos todos os requisitos legais.

DO TOTAL DA PENA

Sem mais nenhuma hipótese de flutuação a ser observada na fixação da pena, finalizo-a e a torno definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica do réu [...]"

Neste ponto, o recorrente sustenta a necessidade de aplicação da causa minorante afastada pelo magistrado de origem, na fração máxima.

Isso porque, segundo a defesa, o apelante preenche os requisitos para aplicação do instituto, por se tratar de réu primário, de bons antecedentes, e não se dedicar as atividades criminosas ou integrar facção.

Em que pese o esforço argumentativo da defesa, entendo que os fundamentos invocados não são suficientes para fazer incidir em favor do Apelante a causa especial de redução da pena do tráfico privilegiado.

Com efeito, a referida causa redutora foi criada com a finalidade de dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico, ou da criminalidade em geral, o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade, e, conseqüentemente, dar a ele um tratamento mais benéfico do que ao traficante habitual.

Para que seja reconhecida, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, determina explicitamente que o acusado deve ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, requisitos estes que a jurisprudência pátria entende que devem ser cumulativos. Vejamos:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO.

ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. [...] 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1976893/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022)

Em que pese a primariedade do réu, restou acertada a não aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto, consideradas as circunstâncias do crime já consignadas, o apelante integra organização criminosa, tendo se configurado o delito de associação para o tráfico, não sendo possível a concessão da benesse em favor do acusado.

Consigne-se que o entendimento mais atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a associação para o tráfico e o tráfico privilegiado são absolutamente incompatíveis. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA. INVIABILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE COM ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O acolhimento da tese recursal de que não foram identificados os demais associados ou de que não foi provado o vínculo estável e permanente do agente com outras pessoas no reiterado comércio ilícito de drogas, a ensejar a absolvição do delito descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento inviável no âmbito de recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. 2. A condenação pelo crime descrito no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006 é incompatível com o reconhecimento do tráfico privilegiado, sendo suficiente para afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois indica que o agente dedica-se a atividades criminosas. 3. Agravo regimental desprovido”.(STJ – AgRg no AREsp: 2113892 MA 2022/0121244–8, Data de Julgamento: 16/08/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2022)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, E ART. 35, CAPUT, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006, NA FORMA DO ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICÁVEL. INCOMPATÍVEL COM A CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE AO CRIME. INVIÁVEL REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. – O apenado faz jus à aplicação da redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, quando for primário, de bons antecedentes, não havendo prova nos autos da sua dedicação ao crime ou de que integra organização criminosa – Na hipótese, o agravante foi condenado, simultaneamente, pelo crime de associação para o tráfico e a configuração desse tipo de delito torna inviável a incidência da redutora do tráfico privilegiado, pois demonstra a habitualidade delitiva – A reforma do quadro fático-probatório firmado na origem, para se absolver o ora agravante da imputação de associação para o tráfico, e, conseqüentemente, aplicar-lhe a redutora do tráfico privilegiado, não tem lugar na via estreita, de cognição sumária, do writ

– Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no HC: 749558 SP 2022/0183993-0, Data de Julgamento: 02/08/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2022)

Desse modo, entendo que a pretensão defensiva carece de respaldo fático e jurídico, devendo ser mantido o afastamento da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Consequentemente, a reprimenda final, quanto ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, mantém-se no mesmo patamar da pena intermediária, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

V.II. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

V.II.I. DA PRIMEIRA FASE.

Na primeira fase da dosimetria, o juízo a quo, valorando negativamente a culpabilidade do réu, exasperou a pena-base para o patamar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, além de 800 (oitocentos) dias-multa. Vejamos:

“[...] Culpabilidade: alta, a consciência do ilícito restou clara no agir do acusado, denotando seu desprezo pela ordem legal, agiu livre de influências que pudessem alterar a potencial capacidade de conhecer a ilicitude de sua ação e de determinar-se de acordo com ela, estando, pois, sua culpabilidade comprovada, sendo censurável a sua conduta. Ademais, a conduta do acusado, entregue a organização criminosa voltada à disseminação de entorpecentes, vem perturbando intensamente o meio social, o que potencializa a culpabilidade.

Antecedentes: não há informações nos autos. Favorável;

Conduta social: não há informação nos autos. Favorável;

Personalidade do agente: não há informações nos autos. Favorável;

Motivos: nenhum que desabone. Favorável;

Circunstâncias do crime: não se aproveitou de nenhuma circunstância especial além das que integram o tipo. Favorável pelo não bis in idem;

Consequências do crime: desconhecidas. Favorável;

Comportamento da vítima: não há como valorar. Favorável;

Tomando como parâmetros as circunstâncias acima observadas e fundamentadas, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica [...]”

A fundamentação do magistrado de 1º grau carece de complementação quanto à culpabilidade, já que, como já explanado em tópico anterior, não é possível lastrear tal circunstância em elementos intrínsecos ao próprio tipo penal.

No caso em análise, o grau de reprovabilidade da conduta do apelante é alto, restando evidente pelas provas carreadas aos autos que o acusado não apenas integrava a organização criminosa, mas nela exercia papel de destaque na respectiva hierarquia.

Tanto as interceptações telefônicas quanto os depoimentos judiciais, já referenciados neste voto, revelam que o recorrente se comunicava diretamente com o líder da facção criminosa, estando no centro das negociações, das prestações de contas, do fracionamento e repasse dos entorpecentes, além de ter aliciado outros membros.

O fato de o réu ocupar um papel relevante na hierarquia da organização criminosa justifica a exasperação da pena-base, sendo a conduta criminosa,

neste caso, ainda mais reprovável que a de um simples membro. Aplicando-se o critério utilizado por este E. Tribunal de Justiça, qual seja, a fração de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, para cada circunstância, chega-se à pena-base de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias, além de 762 (setecentos e sessenta e dois) dias-multa.

V.II.II. DA SEGUNDA FASE.

No que tange à segunda fase da dosimetria, o juízo de origem aplicou a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal:

“[...] CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE

In casu, é viável a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal.

Com efeito, deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa, uma vez que LEANDRO RODRIGUES DA SILVA contava com 20 (vinte) anos de idade na data dos fatos.

Dessa forma, diminuo a pena em 6 (seis) meses e 100 (cem) dias-multa. Totalizando 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica do réu.

CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE

Não vislumbro a ocorrência de nenhuma [...]”.

Verificando-se, no caso em análise, que o apelante contava com menos de vinte e um anos na data do fato, agiu com acerto o magistrado de 1º grau. Inexistindo circunstâncias agravantes, aplica-se a fração de 1/6, chegando-se à pena intermediária de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias.

Por sua vez, a multa deverá ser fixada no patamar de 700 (seiscentos) dias-multa, já que, nos termos da Súmula 231 do STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

V.II.III. DA TERCEIRA FASE.

Na terceira e última fase da dosimetria, o juízo a quo aplicou as causas de aumento previstas no art. 40, IV e V, da Lei 11.343/2006, nos seguintes termos:

“[...] CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Encontra-se presente a do art. 40, incisos IV e V, da Lei 11.343/06, uma vez que restou demonstrado através dos depoimentos constantes dos autos e das interceptações telefônicas acostadas aos autos que a droga comercializada pela facção criminosa chefiada por ALDO BERTO CASTRO tem procedência no Estado de São Paulo, bem como que a associação era armada.

Dessa forma, aumento a pena em 1/3 (um terço), totalizando 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Não vislumbro a ocorrência de nenhuma

DO TOTAL DA PENA

Sem mais nenhuma hipótese de flutuação a ser observada na fixação da pena, finalizo-a e a torno definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica do réu [...]”

Em que pese o esforço argumentativo da defesa, as provas carreadas aos autos, especialmente os depoimentos dos policiais civis ouvidos em juízo, já transcritos neste voto, são uníssonas no sentido de que as substâncias entorpecentes comercializadas pela organização criminosa eram oriundas do estado de São Paulo, onde o líder possuía conexões e contatos.

A utilização de armas de fogo pela facção criminosa também restou evidenciada pela prova oral produzida e pelas interceptações telefônicas, além de terem sido apreendidos, sob guarda do apelante, três cartuchos calibre 38.

A fração de 1/6 para cada causa de aumento está dentro dos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais, chegando-se à pena definitiva de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 19 (dezenove) dias, além de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

Considerando, contudo, que o recurso é exclusivo da defesa, mantém-se, em respeito ao princípio do non reformatio in pejus, a pena privativa de liberdade fixada pelo juízo a quo, mais favorável ao réu, bem como a pena de multa.

Assim, fica a pena definitiva, quanto ao crime de associação para o tráfico, no patamar de 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

V.III. DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Insurge-se a defesa, neste ponto, quanto à aplicação do concurso material pelo juízo a quo, sustentando a ocorrência de uma única ação, o que ensejaria um concurso formal de delitos.

A decisão judicial foi proferida nos seguintes termos:

“[...] Por fim, o réu LEANDRO RODRIGUES DA SILVA pede seja reconhecido o concurso formal entre os delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte ilegal de munição, mas não há como atender ao pleito.

Isso porque, apesar de a droga e as munições terem sido apreendidas em um mesmo contexto, tratam-se de crimes absolutamente diversos, praticados através de ações distintas.

No concurso formal, como é sabido, além da exigência da unidade de conduta que ofende mais de um bem jurídico, exige-se a unidade de elemento subjetivo.

No entanto, na espécie, identifica-se a autonomia de desígnios e a pluralidade de condutas, caracterizando-se, portanto, a hipótese do art. 69 do Código Penal, que cuida do concurso material, impondo o somatório das penas aplicadas [...].

[...] Na ocorrência do concurso material de crimes, somam-se as penas aplicadas, no caso:

a) da pena do crime tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa;

b) da pena pelo crime tipificado no art. 35 c/c o art. 40, IV e V, ambos da Lei nº 11.343/06: 4 (quatro) anos de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa;

c) da pena do crime tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03: 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa;

Sem mais nenhuma hipótese de flutuação a ser observada na fixação da pena, finalizo-a e a torno definitiva em 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1353 (um mil, trezentos e cinquenta e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato em razão da condição econômica do réu.

O regime inicial será o fechado, por força do art. 33, § 2º, a, do CP [...]"

Tendo sido reconhecida a prescrição quanto ao crime de porte ilegal de munição, subsiste apenas o concurso entre os delitos de tráfico e associação para o tráfico.

O concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal, e o concurso formal, previsto no art. 70 do mesmo dispositivo, diferenciam-se pela quantidade de ações praticadas pelo agente.

No caso em tela, há dois desígnios autônomos e dois crimes praticados mediante diferentes ações.

A associação para o tráfico consubstanciou-se na efetiva participação do apelante na organização criminosa, seja prestando contas e fracionando as substâncias ilícitas, seja tomando decisões com os demais membros e aliciando integrantes.

Já o tráfico de entorpecentes, aqui analisado, diz respeito à guarda e ocultação dos entorpecentes especificamente mencionados na denúncia.

Gize-se que nada impediria o cometimento de apenas um dos delitos pelo recorrente, justamente porque são condutas autônomas entre si.

É como a jurisprudência vem aplicando a regra legal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. CONCURSO MATERIAL. RECLASSIFICAÇÃO. ARMAS UTILIZADAS COMO GARANTIA DO SUCESSO DA MERCANCIA ILÍCITA. ABSORÇÃO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO IV DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/2006. 1. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexo finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico (HC n. 181.400/RJ, Quinta Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/6/2012). 2. Na hipótese, a moldura fática delineada pelo acórdão impugnado demonstra que as armas de fogo se destinavam a garantir o sucesso da mercancia ilícita, apontando o nexo finalístico, qual seja, a segurança do ponto de tráfico, seja para a garantia de proteção da gerente do laboratório, seja para garantia do domínio daquele ponto de tráfico em face de outros traficantes (fl. 57). 3. Ordem concedida para, absorvendo os delitos previstos na Lei do Desarmamento, reclassificar a conduta da paciente, condenando-a pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos c/c o art. 40, IV, todos da Lei n. 11.343/2006, em concurso material, à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impugnado". (STJ – HC: 282259 SP 2013/0377684-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/09/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2017)

Com base no critério do cúmulo material de crimes, alcança-se o patamar de 9 (nove) anos de reclusão e 1.433 (um mil quatrocentos e trinta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, estabelecendo-se o regime inicial fechado de cumprimento da pena.

VI. DA IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE

Neste ponto, entendo que o pedido formulado não encontra amparo jurídico,

sobretudo porque o acusado permaneceu preso preventivamente durante a instrução processual e não trouxe qualquer fato novo que viesse a corroborar a sua libertação, de sorte que a segregação cautelar se mostra imprescindível e, a fortiori, com a prolação da sentença condenatória que confirmou a gravidade concreta da conduta criminosa imputada. Nesse sentido, é o entendimento do STJ:

“[...] A manutenção de custódia cautelar ganha reforço com a prolação de sentença condenatória que não concede a paciente que ficou preso durante toda a instrução processual o direito de recorrer em liberdade, por subsistirem as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva”. (AgRg no HC 612.972/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021).

Não se pode olvidar que o tráfico de entorpecentes consiste em negócio altamente rentável para os envolvidos, razão pela qual concreta é a possibilidade de reiteração delitiva por parte do apelante, caso seja colocado em liberdade, configurando inegável risco à garantia da ordem pública.

Além disso, é cediço que crimes dessa natureza geram grande intranquilidade no seio social, pois toda a violência urbana, seja relacionada a crimes contra o patrimônio ou contra a vida, acaba por orbitar o tráfico de entorpecentes.

Portanto, confirmada a prática delitiva e verificada a necessidade de preservação da ordem pública, ante o risco concreto de reiteração delitiva, deve ser negado o direito de recorrer em liberdade e mantida a sentença em sua integralidade.

VII. DO PREQUESTIONAMENTO

Quanto ao pedido de prequestionamento formulado pela Defesa, é digno destacar que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxe manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações.

VIII. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO, em parte, do recurso e, no mérito, pelo seu PARCIAL PROVIMENTO, na parte conhecida, apenas para reajustar a dosimetria da pena, reconhecendo, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR