

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500450-05.2017.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Joao Paulo Nunes

Advogado(s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado(s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINARES DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NA INVESTIGAÇÃO, FLAGRANTE ILEGAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. EXISTENCIA DE FUNDADA SUSPEITA IMPROVIMENTO. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DAS MÍDIAS ORIUNDAS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ANTES DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. IMPROVIMENTO. MÍDIAS CONTENDO AS GRAVAÇÕES DAS CONVERSAS DISPONIBILIZADAS ANTES DAS ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS PELAS PARTES, POSSIBILITANDO, ASSIM, O EXERCÍCIO REGULAR DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS PELO AUTO DE APREENSÃO, DEGRAVAÇÕES DOS DIÁLOGOS E PROVAS TESTEMUNHAIS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, IV DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONSUNÇÃO. BIS IN IDEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Preliminares de nulidade das provas colhidas na investigação, flagrante

ilegal por ausência de justa causa e violação de domicílio. Nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos.

2- Não prospera o pleito absolutório relativo ao crime de associação para o tráfico. O conjunto probatório disposto nos autos revela o cometimento do delito pelo apelante. Depoimentos de policiais, prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, que se revestem de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

Precedentes. (HC 74438, Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/11/1996, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011).

3- In casu, o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido configura-se como crime meio para a consecução do crime fim, sendo forçoso concluir-se que há consunção da posse da arma de fogo no crime de associação para o tráfico majorado pela causa de aumento prevista no artigo 40, IV, da Lei de Drogas, não havendo que falar-se em concurso material sob pena de bis in idem.

4- Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0500450-05.2017.8.05.0088, em que figura como apelante JOAO PAULO NUNES e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, pelas razões adiante alinhadas.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 2 de Junho de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500450-05.2017.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Joao Paulo Nunes

Advogado(s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado(s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia de Id 168218789, dos autos eletrônicos, contra JOAO PAULO NUNES, como incurso nas sanções dos arts. 35, caput, e 40, IV, da Lei nº 11.343/2006 c/c art. 14 da Lei nº 10826/2003.

Consta da exordial acusatória que, no dia 28 de janeiro de 2017, por volta das 11:00h, na Rua Paula de Souza, Monte Pascoal, município de Guanambi/BA, o sentenciado foi flagrado portando um revólver, calibre 38, municiado com 05 (cinco) cartuchos intactos e 05 (cinco) projéteis. O revólver não era registrado em nome do agente, que também não tinha autorização legal para portá-lo.

Foi apurado que o acusado integrava grupo armado especializado em tráfico de drogas liderado por Aldo Berto de Castro (Delton) exercendo as funções de venda direta aos usuários, de segurança de pontos de venda de entorpecentes, intimidação de usuários inadimplentes e execução de traficantes rivais, utilizando-se de arsenal bélico fornecido pelo líder da associação criminosa. Além disso, tem atuação no bairro Monte Pascoal e está vinculado diretamente a Léo Magá, organizador de ações violentas do bando e Filipinho, controlador de boca de fumo no local, tendo ainda como parceiros os traficantes Coelho e Davi.

Ultimada a instrução criminal e apresentadas as respectivas alegações

finais das partes, sobreveio sentença condenatória (Id 168219335) para condenar o acusado como incurso nas penas dos delitos previstos no artigo 35 c/c o artigo 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/06 e artigo 14 da Lei 10.826/03, em concurso material.

Quanto à reprimenda, foi fixada pena definitiva do delito de associação para o tráfico em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa e, para o crime previsto no art. 14 da lei 10.826/03, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Considerando o concurso material de crimes, conforme disposto no art. 69 do CP, foram somadas as penas aplicadas, chegando-se a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato.

Inconformado com a sentença, o acusado apresentou recurso de Apelação (Id 168219355) postulando, em síntese: (i) preliminarmente, que seja reconhecida a nulidade do processo em epígrafe, em razão de o Apelante ter sido submetido a flagrante ilegal, por revista pessoal injustificada e violação ilegal de domicílio e de não terem sido disponibilizadas as mídias/gravações, referentes às interceptações telefônicas, antes da instrução processual; (ii) no mérito, pela absolvição do Apelante, em razão da ausência de provas aptas a ensejar o édito condenatório; (iii) subsidiariamente, pelo afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV da Lei nº 11.343/06; (iv) pela aplicação da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, em razão de inexigibilidade de conduta diversa, posto que o inculcado portava armas para defender-se de ameaças de morte; (v) na dosimetria da pena referente ao crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/03, que seja considerada a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a pena abaixo do mínimo legal; (vi) em virtude das alterações na dosimetria da reprimenda aplicada, que sejam revistas a pena de multa, a detração, a possibilidade de conversão de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena e, por fim, (VII) que seja reconhecido o direito de recorrer em liberdade.

Em contrarrazões de Id 168219372, o digno Representante do Ministério Público pugnou pelo não provimento da apelação interposta, mantendo-se na íntegra a sentença impugnada.

A d. Procuradoria de Justiça, no Id 24527486, pronunciou-se pelo conhecimento da presente apelação e, no mérito, pelo seu total improvimento.

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

Salvador, data registrada no sistema.

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
 RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500450-05.2017.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Joao Paulo Nunes

Advogado(s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado(s):

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Passo a análise do mérito.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NA INVESTIGAÇÃO. FLAGRANTE ILEGAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. IMPROVIMENTO.

Preliminarmente, a Defesa pleiteia a nulidade dos elementos de investigação e provas coletadas na prisão em flagrante do apelante, arguindo a ausência de fundada suspeita para a busca pessoal e violação de domicílio.

Apesar disso, não há que falar-se em ilegalidade da prisão em flagrante do recorrente e das provas obtidas a partir dela.

Nos termos dos artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos.

Os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do réu relataram, na ocasião, que já era de seu conhecimento que o mesmo andava armado e que fazia parte de organização criminosa, de forma que tiveram fundadas razões para a revista pessoal realizada no dia da abordagem que culminou com a apreensão de uma arma de fogo, revólver calibre 38 (fls. 08/09), na posse do apelante, em plena via pública.

A diligência na casa do réu se deu logo em seguida, quando foram apreendidas munições e outros objetos relacionados ao tráfico.

O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, nas suas modalidades "portar" e "ter em depósito", é delito permanente, cuja consumação posterga-se no tempo, de modo que a busca domiciliar foi legítima, refutando-se, de pronto, a tese defensiva da invasão de domicílio. Ao contrário, afigura-se a hipótese de flagrante delito, consoante preleciona o artigo 302 do CPP.

Ademais, os militares responsáveis pela prisão em flagrante do apelante informaram em juízo (fls. 138 e 205) que o ingresso na residência do recorrente se deu após a sua autorização.

A jurisprudência vem se manifestando no seguinte sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NULIDADE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DELITOS DE NATUREZA PERMANENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal prevê como uma das garantias individuais, conquista da modernidade em contraposição ao absolutismo do Estado, a inviolabilidade do domicílio: "XI – 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 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, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/8/2017). 3. A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) não é garantia absoluta nas hipóteses de flagrância de delito de natureza permanente, como no caso dos autos, em que o recorrente foi flagrado na posse de armas de fogo de uso restrito e tráfico ilícito de entorpecentes, crimes de natureza permanente, elementos que legitimam o acesso, sem mandato judicial, ao domicílio do agente infrator. 4. A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade, relativamente à falta de audiência de custódia. 5. Agravo não provido. (STJ – AgInt no RHC: 73824 SC 2016/0196463-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/05/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2019).

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DAS MÍDIAS ORIUNDAS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ANTES DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. IMPROVIMENTO.

O sistema de nulidades estabelecido pelo Ordenamento Jurídico pátrio dispõe que não se cogita de nulidade nos casos em que não ficar evidenciada a existência de prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta. A Jurisprudência tem seguido essa linha de raciocínio, inclusive com inúmeros julgados da Suprema Corte. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. VOTO DO REVISOR. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NEM DECIDIDA. REVISOR QUE ESTEVE PRESENTE E PROFERIU VOTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. É incabível o exame da questão que não foi apreciada pelo Tribunal de Justiça, tampouco foi suscitada pelo impetrante nos sucessivos recursos interpostos, o que impede o conhecimento do writ por esta Corte Superior de Justiça acerca da matéria, já agora, passados 4 anos, seja por força de supressão de instância, seja por força de preclusão. 2. Não há nulidade por ausência ou deficiência no voto do revisor na hipótese em que o revisor esteve presente a todo o julgamento e proferiu regularmente seu voto, acompanhando o voto do relator. 3. A demonstração de prejuízo, 'a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas' (HC 85.155/ SP, Rel. Ministra Ellen Gracie). (...) "(HC 122.229, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe 29/05/2014). 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 408010 DF 2017/0170211-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/09/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2017). Grifei

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. DIREITO D REPERGUNTAS PELO DEFENSOR DO RÉU AOS DEMAIS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 188 DO CPP. NULIDADE ABSOLUTA. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I – O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado. II – O indeferimento de reperguntas pelo defensor de um dos réus aos demais corréus ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. Precedentes. III – Contudo, o entendimento desta Corte também é no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie. Precedentes. IV – A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não procede a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou a defesa contribuem para eventual dilação do prazo. Precedentes. V – Ordem denegada (STF – HC: 116132 PE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/09/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).Grifei.

No caso em tela, inexistente prova de prejuízo bastante a comprometer a

atividade jurisdicional realizada.

A Defesa do acusado teve acesso ao material colhido por conta da interceptação telefônica (autos nº 0700052-79.2021.8.05.0088), tanto pela juntada de cópias dos relatórios correspondentes da Operação Monte Pascoal (nos quais há transcrição dos diálogos em padrão utilizado pela Polícia Federal), quanto pela disponibilização das mídias contendo as gravações das conversas, antes das alegações finais apresentadas pelas partes, possibilitando, assim, o exercício regular do contraditório e da ampla defesa.

DO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Prevê o tipo penal do artigo 35 da Lei 11343/2006:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

O dispositivo legal evidencia as exigências para a configuração do delito de associação para o tráfico. Há a necessidade do elemento objetivo – referente, in casu, à reunião de duas ou mais pessoas – associado a elemento subjetivo, o intuito de praticar, de modo reiterado ou não, os delitos contidos nos artigos 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06.

Neste sentido, a Doutrina destaca a necessidade de distinguir entre concurso eventual de agentes e a Associação para o tráfico. Este exige, para sua configuração, demonstração de estabilidade e permanência 1:

“Importante distinguir o concurso eventual e ocasional de agentes, sem qualquer ânimo associativo, e o crime de associação criminosa. Este último só se configura se houver um mínimo de estabilidade e permanência, ainda que o intuito seja o de cometer um único delito de tráfico. Para o STF, a parceria ocasional, transitória ou casual também configura concurso eventual de agentes, e não crime de associação criminosa” (grifo nosso).

O tipo subjetivo previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 consiste na junção do dolo específico de traficar com o animus associativo, isto é, demonstração de que a ligação estabelecida entre os envolvidos tenha sido com objetivo de formar sociedade destinada ao tráfico, ainda que o fim não se concretize.

A maior gravidade relacionada ao crime de Associação para o tráfico enseja, também, a adoção de tratamento legal mais rigoroso, fundado na necessidade de dotar o sistema punitivo de elementos capazes de proceder à rejeição mais intensa de delitos de tal natureza.

Vale ressaltar a gravidade dos ilícitos praticados por integrantes de organização criminosa, ante o potencial danoso detectado:

"(...) 1. Tendo em vista que as circunstâncias demonstram a existência, em tese, de associação criminosa voltada especialmente para o comércio de substâncias estupefacientes em diversos locais da Federação Brasileira, e sendo o paciente apontado como o principal articulador dessa suposta organização criminosa, mostra-se necessária a manutenção custódia cautelar para o bem da ordem pública, sobretudo em razão da gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, diante da natureza e da elevada quantidade de entorpecente apreendido. (...). 3. Ordem denegada" (STJ, HC 180544, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 17.05.2011) (Grifo nosso)

Para haver crime autônomo de associação, é imprescindível ajuste prévio de vínculo associativo de fato, *societas sceleris* em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Assim também já se posicionou a Jurisprudência: "(...) Conquanto a norma insculpida no art. 35 da Lei Antidrogas se refira à associação para a execução reiterada ou não de crimes, é de se exigir, para a caracterização do tipo em testilha, a reunião estável com fins permanentemente ilícitos, sob pena de se punir a coautoria como se delito autônomo fosse. Não comprovada a '*societas sceleris*', mas a mera reunião eventual de dois ou mais agentes, não se os condena pela prática do crime de associação para o tráfico." (TJ/MG. Rel. FORTUNA GRION. Proc. nº 0342407-94.2008.8.13.0400. Data do Julgamento: 02/02/2010)

A materialidade e autoria do delito de associação para o tráfico restam comprovadas no conteúdo das interceptações telefônicas, conforme Relatório de Inteligência de fls. 32/37, no auto de apreensão de fl. 14 e laudos periciais de fl. 24/25, assim como na prova oral constante no feito.

Os policiais militares ALEX PEREIRA DE SOUZA (FL. 205) e CHRISTIANO MELO FIGUEIREDO (fl. 138) relataram ter abordado o acusado em via pública e encontraram com este um revólver calibre 38 e que, na sua residência, apreenderam maconha, dinheiro, munições do mesmo calibre do revólver e aparelho de telefone celular. Afirmaram, ainda, que o réu integrava a facção criminosa e se utilizava de arma de fogo por conta do embate contra traficantes rivais.

Já os policiais civis NÉLSON CASTRO AMORIM JÚNIOR (fl. 208) e ARMANDO ALMEIDA DA SILVA (fl. 137) relataram que o réu é membro ativo da facção criminosa liderada por "DELTON", sendo ligado aos indivíduos "LÉO", "MAGÁ", "FILIPINHO", "DAVI" e "COELHO", exercendo funções de executor, segurança de boca de fumo, vendedor de drogas e efetuando a guarda de armas para o grupo.

Frise-se que os depoimentos realizados pelos policiais servem perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho.

Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-

lhes crédito quando de sua estrita atividade.

Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)” (STJ: HC 162131/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010).

As transcrições de interceptações telefônicas devidamente autorizadas pelo juízo de primeiro grau, fls. 32/37, demonstram que foram captadas conversas de membros do grupo criminoso fazendo referência ao acusado e conversas deste com “LÉO MAGÁ”, demonstrando o vínculo permanente e estável entre o réu e integrantes da facção criminosa liderada por “DELTON”. Vejamos:

“Comentário: QUEL X FILIPE

Data da Chamada: 15/12/2016 Hora da Chamada: 10:22:10

Telefone do Alvo: 77998579704

Telefone de Interlocutor: 77998535763

Degração: “QUEL” fala que JOÃO SECO está querendo maconha, e diz que vai passar o número de FILIPE para ele (JOÃO SECO), ainda diz que JURUNGA também veio procurá-lo. FILIPE pede parar falar para ele (JOÃO SECO) que tem dois e trezentos.” (fl.35)

“Comentário: LÉO X HNI

Data da Chamada: 06/12/2016 Hora da Chamada: 16:04:15

Telefone do Alvo: 77999013215

Telefone de Interlocutor: 34999406256

Degração: “HNI diz que se acabar as 'MEXAS' (crack) é para LÉO informar. 'LÉO' diz que conversou com JOÃO SECO e o mesmo disse que tem umas nove do lado de fora (fl. 36)

“Comentário: LÉO X JOÃO

Data da Chamada: 06/12/2016 Hora da Chamada: 19:52:19

Telefone do Alvo: 77999013215

Telefone de Interlocutor: 7799937060

Degração ..LÉO quer saber como vão as coisas. 'JOÃO' fala que está esperando alguém colar com ele e diz que ontem deu balão lá. 'LÉO MAGÁ' pergunta se pegou no cara. 'JOÃO' fala que acha que pegou, e conta que estavam no Bequinho da Massaranduba. 'JOÃO' conta que passou do cara quando retornou o cara saiu correndo e se escondeu. (&); 'JOÃO' fala que pocou (atirou) com a esquerda, e bota fé que pegou. 'JOÃO' fala que teve que dormir no quintal da lajinha da mulher lá. 'LEO' pergunta por que. 'JOÃO' diz que COELHO chegou entocando a moto, e logo o jeito foi este. (&); LÉO quer saber se o irmão de 'JOÃO' está melhor. JOÃO fala que não tem notícias não. 'LÉO' quer saber por que 'JOÃO' não pegou o contato de COELHO. 'JOÃO' fala que COELHO estava louco de pó ontem. 'JOÃO' fala que os caras estavam com uma pistola de brinquedo, e vai pegar um por

um, porque mexeram com a família dele. JOÃO fala que vai matar todo mundo. LÉO fala em pegar Coringa. (&); JOÃO conta que o irmão vai ficar na cadeira de rodas e o tiro foi no meio da coluna, se tirar a bala piora...”

Deve ser reconhecida a validade das interceptações telefônicas realizadas, porque autorizada judicialmente e capaz de atestar o envolvimento do réu com o crime de associação para o tráfico, delineando o contexto da súcia.

Assim salienta a jurisprudência:

“(...) 3. Interceptações telefônicas, apesar de não constituírem, por si mesmas, provas que possam dar suporte a juízo de condenação, servem, neste caso, para indicar que o paciente integra organização criminosa voltada para a aquisição e repasse de insumos utilizados para o aumento do volume da cocaína, constando ser um dos seus principais articuladores, sendo concreto, portanto, o risco de reiteração criminosa, assim se mostrando a potencialidade de ofensa à ordem pública. (...) (STJ, HC 186772, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30.05.2011) (grifo nosso).

O relatório juntado à fl. 70 corrobora as informações constantes da interceptação telefônica, pois detalha as funções exercidas pelo acusado na organização criminosa liderada por ALDO BERTO CASTRO, vulgo “DELTON”, vejamos:

“JOÃO PAULO NUNES, vulgo “JOÃO SECO” é investigado nesta Coordenadoria há aproximadamente cinco anos pelo seu envolvimento com o tráfico. Membro ativo da célula criminosa de Aldo Berto Castro, vulgo “DELTON”, João Seco no início atuava como vendedor de entorpecentes e praticava furtos de motos para servir como meio de transporte no tráfico. Posteriormente evoluiu e começou a atuar como segurança, sendo detido em flagrante na posse de pequena porção de drogas e com uma arma de fogo. João Seco também integra esta organização criminosa e foi vítima de tentativa de homicídio pela quadrilha rival comandada por Fabiano Almeida dos Santos, vulgo # BAÚ# . No mundo do crime, circula a versão trazida ao serviço de investigação por colaboradores que João Seco Pretende retaliar a tentativa de assassinato do irmão.”

O conjunto probatório constante dos autos, dessa forma, não deixa dúvida de que o acusado estava unido ao mencionado grupo criminoso responsável por parte do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes na cidade de Guanambi/BA e região.

Neste diapasão, resta desacolhido o pleito de absolvição do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06.

DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, IV, DA LEI 11.343/06

Pretende o recorrente o afastamento da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas.

Não lhe assiste razão.

O emprego de arma de fogo era inerente à atividade do acusado dentro da

facção criminosa ao exercer a função de segurança de pontos de venda de entorpecentes, intimidação de usuários inadimplentes e execução de traficantes rivais. Desse modo, é forçoso reconhecer a incidência da majorante prevista no art. 40, IV, da lei 11.343/06.

Uma vez reconhecida a majorante prevista no art. 40, IV, da lei 11.343/06, a condenação pelo crime do artigo 14 da Lei 10826/2003, representaria bis in idem, isto porque “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 nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico” (HC n. 182.359/ RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 4/12/2012).

A contrário sensu já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“4. A Lei n. 11.343/2006 prevê como causa especial de aumento para os crimes previstos nos artigos 33 a 37 o efetivo emprego de arma de fogo, em que o agente porta ilegalmente a arma apenas para viabilizar o cometimento do delito de narcotráfico, e não o fato de possuir ou de portar concomitantemente arma de fogo de uso restrito.

5. Não há como aplicar-se a causa especial de aumento de pena prevista no inciso IV do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo crime do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, quando verificado que o delito de tráfico de drogas não foi praticado com o emprego de arma de fogo (caso em que incidiria a majorante em questão), visto que a arma apreendida não estava sendo utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 261.601/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013)”

Conforme a narrativa dos autos, a arma de fogo era usada para o efetivo exercício das atividades do agente na associação como instrumento de intimidação difusa ou coletiva.

Desse modo, trata-se de crime meio para atingir-se o crime fim, sendo forçoso concluir-se que há consunção do crime de posse da arma de fogo no crime de associação para o tráfico, majorado pela causa de aumento prevista no artigo 40, IV, da Lei de Drogas, não havendo que falar-se em concurso material.

Assim, resta prejudicada a apreciação do pleito de aplicação de causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa para o delito previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003, considerando a sua exclusão neste decisio.

DA DOSIMETRIA

Para melhor análise da dosimetria, vale a transcrição do excerto da sentença nesse ponto, relativamente ao crime de associação para o tráfico:

“DA PENA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Culpabilidade: não excedeu a normalidade para a presente espécie de crime.
Neutro; Antecedentes: não há informações nos autos. Neutro; Conduta social: não há informação nos autos. Neutro; Personalidade do agente: não há informações nos autos. Neutro;

Motivos: nenhum que desabone. Neutro;

Circunstâncias do crime: não se aproveitou de nenhuma circunstância especial além das que integram o tipo; Consequências do crime: desconhecidas;

Comportamento da vítima: não há como valorar.

Tomando como parâmetros as circunstâncias acima observadas e fundamentadas, fixo a pena-base em 3 (três) anos 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 ATENUANTE

Não vislumbro a ocorrência de nenhuma.

CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE

Não vislumbro a ocorrência de nenhuma.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Encontra-se presente a do art. 40, IV, da Lei 11.343/06, pois restou demonstrado que a organização criminosa que o réu integra faz uso constante de armas de fogo para dar segurança ao negócio e para atacar traficantes rivais. Dessa forma, aumento a pena em 1/6 (um sexto), totalizando 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta 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.

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 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta 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.

Cuida-se do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, cujas penas mínima e máxima correspondem, respectivamente, a 03 (três) e 10 (dez) anos de reclusão.

O Juízo de piso não valorou negativamente nenhuma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal.

Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes e atenuantes, não sendo possível considerar a atenuante da confissão para levar a pena abaixo do mínimo legal, a teor da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, foi reconhecida a causa de aumento presente no artigo 40, IV, da Lei 11.343/06.

De fato, a arma de fogo encontrada na posse do apelante era utilizada na atividade do acusado dentro da facção criminosa ao exercer a função de

segurança de pontos de venda de entorpecentes, intimidação de usuários inadimplentes e execução de traficantes rivais. Desse modo, é forçoso reconhecer a incidência da majorante prevista no art. 40, IV, da lei 11.343/06.

Dessarte, a pena deve ser aumentada em 1/6, chegando à pena definitiva de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

A sanção pecuniária, por sua vez, deve guardar correspondência com a pena privativa de liberdade, devendo equivaler a 571 (quinhentos e setenta e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato.

REGIME INICIAL

Considerando o quantum da pena, o regime inicial deve ser o aberto, conforme a inteligência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

DA SUBSTITUIÇÃO

É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do CP, razão pela qual substituo a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROVIDO o recurso interposto, para absolver o réu do crime previsto no artigo 14 da Lei 10826/2003 e reduzir a pena-base aplicada para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 571 (quinhentos e setenta e um) dias-multa, sendo cada dia-multa equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Fica a reprimenda privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução. Comunique-se o Juízo de origem o teor deste decisio, que servirá como ofício.

Salvador, data registrada no sistema.

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
RELATOR