

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0026248-43.2011.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Fagner Souza da Silva Advogado (s): IVAN JEZLER COSTA JUNIOR registrado (a) civilmente como IVAN JEZLER COSTA JUNIOR APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE EXCLUSÃO DA MULTA APLICADA AO PATRONO DO APELANTE, POR ABANDONO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. ADVOGADO INTIMADO POR DUAS VEZES PARA A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. PARALISAÇÃO DO FEITO POR MAIS DE UM ANO E OITO MESES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 265, DO CPP. MULTA APLICADA NA ESTEIRA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DAS PRELIMINARES. NULIDADE PELA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA TELEMÁTICA. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO PRIMEIRO RECURSO DEFENSIVO. NÃO CONHECIMENTO. LITISPENDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA JÁ ENFRENTADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ANTERIOR. COISA JULGADA. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO CONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DO MÉRITO DA ACUSAÇÃO. DETERMINAÇÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES RESTRITAS AO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA DE VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PELO JUÍZO PRIMEVO. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. QUANTUM FINAL DE PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO REINCENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0026248-43.2011.8.05.0150, em que figura como apelante FAGNER SOUZA DA SILVA, por intermédio do patrono constituído, bel. IVAN JEZLER JÚNIOR, OAB/BA nº 22.452, 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 do Estado da Bahia, CONHECER PARCIALMENTE o recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo todos os termos da sentença combatida, nos termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Improvido. Unânime. Salvador, 30 de Junho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0026248-43.2011.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Fagner Souza da Silva Advogado (s): IVAN JEZLER COSTA JUNIOR registrado (a) civilmente como IVAN JEZLER COSTA JUNIOR APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 RELATÓRIO Vistos. Trata-se de recurso de apelação, interposto por FAGNER SOUZA DA SILVA, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lauro de Freitas (ID 23394143). Segundo a denúncia (ID 23393652), após investigação policial realizada pelo COE, Coordenação de Operações Especiais – “inclusive com emprego de modernas técnicas de interceptações telefônicas, todas devidamente autorizadas pela Justiça, conforme se depreende dos Relatórios de Inteligência juntados aos autos, bem como de provas tomadas de empréstimo a outros procedimentos investigatórios, apurou-se que os Acusados, sob a liderança do primeiro (FAGNER SOUZA/ANTONIO DIAS), associaram-se para a prática do comércio ilícito de substâncias entorpecentes aptas a causarem dependência física ou psíquica” (ID 23394143). Em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença prolatada. Após a regular instrução

da ação penal originária, o Juízo primevo prolatou sentença (ID 23393997), na qual, FAGNER SOUZA DA SILVA, foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/06. Irresignada com a decisão condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação (ID 2339400), posteriormente julgada pelo Acórdão de ID 23394047, que negou provimento ao recurso e manteve o comando sentencial em sua integralidade. Diante disso, a defesa interpôs os Recursos Especial e Extraordinário que, porém, não foram admitidos pela 2ª Vice-Presidência do E. TJ/BA (vide ID 23394056). Foram interpostos os respectivos agravos e, nas Cortes Superiores, foram proferidas duas decisões: 1) No Superior Tribunal de Justiça, AREsp nº 1069878/BA, o agravo foi conhecido e parcialmente provido pelo Min. Jorge Mussi monocraticamente, em decisão que reduziu a pena do recorrente para 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos do Acórdão (ID 23394079) 2) No Supremo Tribunal Federal, ARE 1.222.460/BA, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, o recurso foi parcialmente provido, oportunidade em que foi determinada a realização de nova dosimetria, pelo juízo primevo, com o afastamento dos “maus antecedentes inadequadamente considerados” (ID 23394132). Após o trânsito em julgado dos referidos recursos e o retorno dos autos à primeira instância, o Juízo a quo prolatou nova sentença (ID 23394143) e condenou o apelante à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 700 (setecentos) dias-multa. A respeito da nova sentença condenatória, o apelante interpôs novo recurso de apelação (ID 23394149), oportunidade em que pugna: a) O afastamento da multa imposta ao patrono. b) Pelo reconhecimento da nulidade decorrente da quebra da cadeia de custódia da prova telemática; c) Pelo reconhecimento da litispendência, haja vista que o envolvimento do apelante com o tráfico já seria objeto de outra ação penal. d) A absolvição do apelante por ausência de provas. e) Subsidiariamente, concessão do regime inicial aberto, em razão da aplicação da pena-base no mínimo legal. Em suas contrarrazões recursais, o Ministério Público (ID 25446990) requereu o não conhecimento das preliminares e das questões ligadas ao mérito recursal, pois acobertadas pelo manto da coisa julgada, “devendo ser objeto de análise por esse Tribunal apenas as questões referentes à pena”. A douta Procuradoria de Justiça (ID 26967064), opinou pelo não conhecimento das preliminares e do pleito absolutório e pelo conhecimento e improvimento da pretendida redução da pena ao mínimo legal, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos. É o relatório que se submete à revisão do d. Desembargador Revisor. Salvador, 12 de maio de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0026248-43.2011.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Fagner Souza da Silva Advogado (s): IVAN JEZLER COSTA JUNIOR registrado (a) civilmente como IVAN JEZLER COSTA JUNIOR APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 07 VOTO Vistos. Em análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Em que pese o esforço argumentativo da apelante, verifico que os elementos probatórios colhidos indicam que os fundamentos invocados em sede recursal carecem de respaldo. Passo, então, ao enfrentamento das teses recursais. I. DA IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA MULTA APLICADA AO

PATRONO DO ACUSADO. ABANDONO INJUSTIFICADO DO FEITO POR MAIS DE UM ANO. MAIS DE UMA INTIMAÇÃO PARA A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS.

Inicialmente, em suas razões recursais, a defesa pugna pelo afastamento da sanção processual imposta na decisão de ID 23394164, sob o fundamento de que “a totalidade do prazo para apresentação das razões de apelação ocorreu durante um momento pandêmico, catastrófico, que dificultou a apresentação de tal peça, num processo físico”. Em que pese o esforço argumentativo, nenhum dado objetivo fora devidamente comprovado pela defesa para atestar a impossibilidade de apresentação das razões recursais. Com efeito, como devidamente exposto na decisão de ID 23394164, em 08 de janeiro de 2020, o recorrente interpôs recurso de apelação e pugnou pela apresentação das razões recursais nesta instância superior, nos termos do art. 600, S4º, do CPP. Após a remessa dos autos, em 05 de março de 2020, foi determinada a intimação do patrono constituído, o bel. IVAN JEZLER COSTA JÚNIOR, OAB/BA nº 22.452, para o exercício da prerrogativa processual solicitada (ID 23394159). Foi certificado nos autos, todavia, pela Secretaria da 2ª Câmara Criminal, ID 23394161, o transcurso do prazo in albis. Considerando o extenso lapso temporal transcorrido, em atenção ao princípio da duração razoável do processo e da boa-fé processual, foi determinada, em 02 de setembro de 2021, nova intimação do causídico para que procedesse à apresentação das razões de apelo, registrando-se a possibilidade de aplicação da multa disposta no art. 265, do CPP (ID 23394162). Apesar da nova intimação e da advertência supra, foi certificado nos autos novo transcurso in albis do prazo recursal (ID 23394163). A postura da defesa que, registre-se, não fora justificada objetivamente, implicou no retardamento do andamento do processo por mais de um ano e oito meses, postura violadora tanto da boa-fé processual, quanto dos princípios da cooperação e da duração razoável do processo. Além disso, as razões recursais somente foram apresentadas após a fixação da referida sanção processual, em que pese a defesa ter sido intimada anteriormente por, no mínimo, duas ocasiões. Vale gizar que a constitucionalidade da sanção prevista no art. 265, do CPP, já fora confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4398, julgada em 05/08/2020, oportunidade em que a Corte registrou que tal sanção processual é razoável e proporcional, uma vez estabelecida com o propósito de evitar comportamentos prejudiciais à Administração da Justiça e ao direito de defesa do réu. De mais a mais, a situação aqui narrada se amolda a outros casos já decididos pelo STJ, fato que impõe a mesma razão de tratamento, vejamos: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA POR ABANDONO DO PROCESSO. ART. 265 DO CPP. ADVOGADO INTIMADO POR DUAS VEZES. COMPROVAÇÃO DE IMPEDIMENTO EM RAZÃO DE ESTADO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA. ABANDONO CONFIGURADO. IMPOSIÇÃO DA MULTA. ADEQUAÇÃO. RAZÕES DO APELO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO. RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 265 DO CPP. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I– No caso, restou demonstrado que o advogado, mesmo intimado por duas vezes para apresentar as razões do recurso de apelação, ficou-se inerte, restando demonstrado o abandono processual, a determina a aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP. II– Não se comprovou o alegado estado debilitado de saúde do advogado, que em tese poderia afastar a conclusão de que agiu com desídia. Vale destacar que no mandado de segurança, eventual direito líquido e certo deve ser comprovado de plano. III– Esta Corte, em diversas decisões, entende que não apresentadas as razões pelo causídico nomeado pelo réu, deverá ele ser intimado para nomear novo patrono e, caso indique ou permaneça inerte, deverá ser

nomeada a Defensoria Pública ou Defensor Dativo, para a realização do ato, que, portanto, não pode ser considerado indispensável. IV- Firmou-se nesta Corte Superior o entendimento de que a sanção determinada pelo art. 265 do CPP não acarreta ofensa ao contraditório e à ampla defesa, mas representa estrita observância ao regramento legal. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade da norma. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 57.637/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 06/09/2018). Pelo exposto, voto pela manutenção da sanção processual aplicada na decisão de ID 23394164. II. DAS PRELIMINARES: NULIDADE PELA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA TELEMÁTICA. PRECLUSÃO. DA LITISPENDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. COISA JULGADA. Preliminarmente, a defesa pugna pela decretação da nulidade da interceptação telefônica realizada, ao fundamento de que houve “a quebra da cadeia de custódia das provas, em claro e manifesto amorfismo, violando o contraditório e ampla defesa, o devido processo penal”. Em outras palavras, o apelante aponta que “ainda que tenha sido acostado o relatório da captação telemática, 23393727 ID, não se disponibilizou à defesa para apresentação das razões as mídias ou links com todo teor das conversas gravadas”. Lado outro, aponta a existência de litispendência entre a referida ação e a ação penal de nº 0025690-71.2011.805.0150, visto que “as duas denúncias apontam uma estimativa temporal que se confundem, não há destemporalização. As supostas associações teriam atuação no mesmo local, Lauro de Freitas. Em todas as imputações o acusado é considerado como protagonista da organização criminosa”. A respeito de tais alegações, é forçoso esclarecer de plano que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores não anularam nem a primeira sentença proferida (ID 23393997), nem o Acórdão proferido por este E. Tribunal (ID 23394056). Tais determinações restringiram-se à dosimetria da pena, vejamos: 1) No Superior Tribunal de Justiça, AREsp nº 1069878/BA, o agravo foi conhecido e parcialmente provido pelo Min. Jorge Mussi monocraticamente, em decisão que reduziu a pena do recorrente para 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos do Acórdão (ID 23394079). 2) No Supremo Tribunal Federal, ARE 1.222.460/BA, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, o recurso foi parcialmente provido, oportunidade em que foi determinada a realização de nova dosimetria, pelo juízo primevo, com o afastamento dos “maus antecedentes inadequadamente considerados” (ID 23394132). Por esta razão, o Juízo a quo, no novo comando sentencial, (ID 23394143), foi claro ao enfatizar que: “[...] A presente decisão, portanto, restringir-se-á à adequação do quantum referente à pena privativa de liberdade a ser imposta ao acusado FAGNER SOUZA SILVA na estrita observância da determinação superior já mencionada”. (grifamos) Assim, existindo determinações restritas ao procedimento dosimétrico, duas conclusões são evidentes: a primeira, que se operou a preclusão acerca das matérias não arguidas perante este Tribunal de Justiça e, a segunda, que o mérito da condenação e as questões já enfrentadas encontram-se cobertas pelo manto da coisa julgada, na forma do art. 5º, XXXVI, da CRFB/88. Esclarecidas tais questões, sabe-se que, nas palavras do Min. Ribeiro Dantas, “a cadeia de custódia da prova consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência indevida durante esse trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade” (vide STJ. 5ª Turma. RHC 77.836/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/02/2019). Com a inserção do art. 158-A, do CPP, pela Lei nº 13.964/2019, foi conceituada como o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para

manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte". In casu, o argumento defensivo é o de que, apesar de ter sido elaborado relatório sobre as interceptações telefônicas (ID 23393727), à defesa não foi disponibilizado acesso à íntegra das conversas interceptadas, postura que teria violado o contraditório e a ampla defesa. Com efeito, no caso sub judice, não há o que se discutir acerca de eventual quebra da cadeia de custódia da aludida prova, haja vista que sobre a referida matéria se operou inegável preclusão, como bem registrou a d. Procuradoria de Justiça. Apesar de todas as faculdades e oportunidades processuais anteriores, a defesa não aventou a referida tese no primeiro recurso defensivo, somente arguindo a nulidade da interceptação, perante este Tribunal, neste momento, o que se confirma no voto dos Ministros Jorge Mussi, STJ, e Gilmar Mendes, STF, respectivamente, vejamos: "[...] Primeiramente, quanto à alegada afronta à ampla defesa em razão da ausência das mídias com o conteúdo das interceptações telefônicas, verifica-se que tal matéria não foi objeto de análise e deliberação pelo Colegiado de origem e sequer foi arguida em sede de apelação, estando patente, desse modo, a ausência de prequestionamento. Assim, não tendo a matéria em apreço sido debatida na instância ordinária, mostra-se inviável a pretendida análise nesta via especial ante o óbice previsto no Enunciado n. 282 da Súmula do STF, que impede o conhecimento por este Sodalício de matérias não prequestionadas. Ressalte-se que é pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que "a ausência de apreciação pelo Tribunal local do conteúdo normativo do artigo tido por violado impede o exame da matéria por esta Corte Superior, pois, além de não se ter explicitado previamente a tese jurídica controvertida, não houve o preenchimento do requisito constitucional do prequestionamento. Inteligência dos enunciados nos 282 e 356, ambos da Súmula do Supremo Tribunal Federal". (REsp 1.392.386/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA Julgado em 03/09/2013, DJe 09/09/2013) (...) (ID. 23394079, grifamos). "[...] Inicialmente, verifico que a aventada ausência das mídias com o conteúdo das interceptações telefônicas não foi debatida no acórdão recorrido, motivo por que ausente o requisito do prequestionamento, sem o qual o processamento do presente recurso deve ser parcialmente obstado, por incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte [...]" (ID 23394132). Assim, não arguida a referida nulidade em tempo oportuno, sua alegação resta, inquestionavelmente, preclusa. De mais a mais, no Direito Processual Penal Brasileiro vigora o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual os atos processuais não poderão ser declarados nulos sem que haja a demonstração de efetivo prejuízo para qualquer das partes, conforme interpretação sistemática do art. 563, do CPP. Assim, ainda que a questão fosse enfrentada pelo E. Tribunal de Justiça, o argumento genérico de violação ao contraditório não seria acolhido, mormente quando interpretado à luz do art. 563, do CPP. Lado outro, não merece conhecimento a alegação de litispendência, notadamente, porque a questão já fora enfrentada pelo Tribunal no julgamento da primeira apelação defensiva (ID 23394056), tendo a referida matéria transitada em julgado, porquanto não objeto de novo recurso pelo interessado. Vejamos a decisão do Tribunal a respeito: ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART 35 DA LEI Nº. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA AFASTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO, ESPECIALMENTE ATRAVÉS DOS RELATÓRIOS DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DOS

DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS NAS DUAS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS. DESNECESSIDADE. DELITO DE NATUREZA FORMAL. EXTRAÍ-SE DOS AUTOS QUE O SENTENCIADO FAGNER PASSOU A LIDERAR A FACÇÃO CRIMINOSA INTITULADA "COMISSÃO DA PAZ", COM ATUAÇÃO EM DIVERSAS CIDADES DO ESTADO DA BAHIA, APÓS A PRISÃO DE CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA, CONHECIDO COMO "PRESIDENTE" OU "PAI"; QUE A SENTENCIADA ROSÂNGELA, LIGADA AO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL PCC, ERA A RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DROGAS À FACÇÃO "COMISSÃO DA PAZ". COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ESTÁVEL E DE CARÁTER PERMANENTE ENTRE OS SENTENCIADOS COM A FINALIDADE DE PRATICAR O COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, INCLUSIVE COM A NÍTIDA DIVISÃO DE TAREFAS. DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPAROS. APELANTE FAGNER CONDENADO À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. APELANTE ROSANGELA CONDENADA À PENA DEFINITIVA DE 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. INALTERADO O REGIME INICIAL FIXADO NA SENTENÇA. APELOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. [...] 2. Apelação defensiva de FAGNER SOUZA DA SILVA que alega, preliminarmente, a ocorrência de litispendência, sob o argumento de haver sido condenado pelo mesmo fato criminoso apurado na ação penal tombada sob o nº 0025690-71.2011.8.05.0150. [...] 4. De logo, afasta-se a preliminar de litispendência arguida pela defesa do recorrente FAGNER. Isso porque, através de consulta realizada ao Sistema de Automação da Justiça SAJ, observa-se que a ação tombada sob o nº 0025690-71.2011.8.05.0150 tem como réus Fagner Sousa da Silva, ora apelante, Marcelo Henrique Menezes dos Santos, conhecido como "Elias Maluco", Jecson Santos da Silva, Jairo Santos da Silva, José Antônio Santos de Jesus, Efigenia de Souza Andrade, Luiz Claudio Bittancourt do Nascimento e Taís Lopes Teixeira, não havendo, portanto, identidade entre as duas demandas. [...] (TJ-BA – APL: 00262484320118050150, Relator: Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 07/05/2016) Portanto, as preliminares arguidas não devem ser conhecidas, seja em razão da preclusão, seja porque a questão já foi enfrentada pelo Tribunal e sobre ela incidiu o manto da coisa julgada. II. DA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA JÁ ENFRENTADA PELO TRIBUNAL. TRÂNSITO EM JULGADO. No mérito, a defesa pugna pela absolvição do acusado, ao fundamento de que “não há qualquer elemento probatório capaz de afastar a dúvida e ensejar uma condenação”. Prossegue afirmando que “não há no inquérito ou na fase judicial qualquer testemunha que tenha presenciado ou vivenciado as supostas ilicitudes, existindo um vazio probatório diante o necessário e preliminar reconhecimento das ilicitudes dos dados telemáticos coletados”. Em que pesem os argumentos da defesa, como anteriormente afirmado, os aspectos relativos à autoria e materialidade delitivas foram devidamente reconhecidos e julgados pelo E. Tribunal de Justiça, no julgamento do primeiro recurso defensivo. Acerca da suficiência do arcabouço probatório, este Tribunal expressamente consignou: ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART 35 DA LEI Nº. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA AFASTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO, ESPECIALMENTE ATRAVÉS DOS RELATÓRIOS DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DOS DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS NAS DUAS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS. DESNECESSIDADE. DELITO DE NATUREZA FORMAL. EXTRAÍ-SE DOS AUTOS QUE O SENTENCIADO FAGNER PASSOU A LIDERAR A FACÇÃO CRIMINOSA INTITULADA "COMISSÃO DA PAZ", COM ATUAÇÃO EM DIVERSAS

CIDADES DO ESTADO DA BAHIA, APÓS A PRISÃO DE CLÁUDIO EDUARDO CAMPANHA DA SILVA, CONHECIDO COMO "PRESIDENTE" OU "PAI"; QUE A SENTENCIADA ROSÂNGELA, LIGADA AO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL PCC, ERA A RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DROGAS À FACÇÃO "COMISSÃO DA PAZ". COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ESTÁVEL E DE CARÁTER PERMANENTE ENTRE OS SENTENCIADOS COM A FINALIDADE DE PRATICAR O COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, INCLUSIVE COM A NÍTIDA DIVISÃO DE TAREFAS. DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPAROS. APELANTE FAGNER CONDENADO À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. APELANTE ROSANGELA CONDENADA À PENA DEFINITIVA DE 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. INALTERADO O REGIME INICIAL FIXADO NA SENTENÇA. APELOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. [...] 2. Apelação defensiva de FAGNER SOUZA DA SILVA que alega, preliminarmente, a ocorrência de litispendência, sob o argumento de haver sido condenado pelo mesmo fato criminoso apurado na ação penal tombada sob o nº 0025690-71.2011.8.05.0150. No mérito, requer a absolvição do apelante por insuficiência de provas para um decreto condenatório, e, subsidiariamente, a redução da penalidade aplicada, com a consequente substituição da pena privativa por restritiva de direito. [...] 5. Materialidade e autorias delitivas evidenciadas no conjunto probatório, especialmente através dos relatórios de interceptações telefônicas e dos depoimentos de testemunhas, inclusive de Delegados e de Investigador de Polícia que participaram da Operação Rastro, que culminou com a prisão dos apelantes. A configuração do delito de associação para o tráfico, por se tratar de crime formal, independe da apreensão de drogas. 6. Demonstrado nos autos que os acusados se associaram para a prática do comércio ilícito de substâncias entorpecentes, exercendo FAGNER a posição de liderança da facção criminosa intitulada "Comissão da Paz", responsável pela distribuição de drogas em diversas cidades do interior da Bahia, após a prisão de Cláudio Eduardo Campanha da Silva, conhecido como "Presidente" ou "Pai", e exercendo ROSANGELA o papel de fornecedora da droga para a facção. 7. Evidenciada a existência de um vínculo estável e de caráter permanente entre os acusados, com a finalidade de praticar o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, resta configurado o tipo previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006. [...] 11. Apelos conhecidos e improvidos. Decisão unânime. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0026248-43.2011.8.05.0150, Relator (a): Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 07/05/2016) (TJ-BA – APL: 00262484320118050150, Relator: Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 07/05/2016) De outra banda, apesar da genérica alegação da defesa, de que o d. Juízo primevo promoveu nova incursão na matéria fática, percebe-se que o argumento não encontra comprovação quando da análise das sentenças proferidas (ID's 23394047 e 23394143). Do contrário, como já transcrito acima, a v. sentença limitou-se à modificação da dosimetria da pena (vide ID 23394143), após o Superior Tribunal de Justiça ter reduzido o quantum da circunstância judicial valorada e do Supremo Tribunal Federal ter ordenado a exclusão da valoração negativa dos maus antecedentes. Portanto, não havendo a modificação, pelos Tribunais Superiores, da matéria fática já julgada pelo Tribunal, operou-se o trânsito em julgado das referidas questões, sendo imperioso o não conhecimento do recurso nesse mister. III. DA DOSIMETRIA DA PENA. Na dosimetria da pena, o apelante requereu o "provimento do

recurso de apelação para rever a dosimetria da pena para o patamar adequado". Em seus pedidos, expressamente requer a "aplicação da pena no mínimo legal [...] aplicando o regime inicial aberto, com a adequação determinada pelo STF". Em análise da operação de apenamento, após as decisões dos Tribunais Superiores, o Juízo a quo condenou o acusado pela prática do tipo do art. 35, da Lei nº 11.343/06 e fixou a pena-base no mínimo legal, razão pela qual o apelante, nesse mister, carece de interesse recursal, vejamos: "[...] DA culpabilidade do Réu, expressada pela reprovabilidade de sua conduta, não ultrapassou aquela inerente ao próprio tipo penal, não havendo qualquer subsídio que possa aumentar ou diminuir a censura da prática do ato ilícito. I) Quanto aos antecedentes, deve-se esclarecer que somente podem ser consideradas as condenações definitivas por crime anterior à prática do fato descrito nos autos e que não impliquem reincidência. No caso presente, o acusado FAGNER SOUSA DA SILVA registra condenações anteriores sem efeito de reincidência mas cujo efeito desabonador foi expressamente afastado pelo Excelentíssimo Senhor MINISTRO GILMAR MENDES no julgamento do RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1222460 em cumprimento do qual procede-se a esta dosimetria. A reincidência será apreciada na fase própria. II) Conduta social e personalidade não devem influir na fixação da pena tendo em vista não haver, nos autos, elementos para aferi-las. IV) As circunstâncias são próprias do tipo penal. V) As consequências não extrapolam aquelas próprias da conduta típica imputada. VI) Os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais ao delito. VIDA vítima, em relação ao delito de associação para o tráfico é a coletividade e ainda que se pudesse falar em responsabilidade social, não se vê dos autos que a sociedade tenha contribuído ou de qualquer forma empurrado o Acusado para o crime. É necessário registrar que situação de pobreza não se constitui em fator de criminalidade. Assim sopesadas as circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal c/c artigo 42 da Lei 11343/06, fixo-lhe a pena-base em 03 (três) anos de reclusão". (grifamos) Na segunda etapa do cálculo dosimétrico, o d. Juízo exasperou a reprimenda em 1/6 (um sexto), em atenção ao quanto realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "[.....] Não há circunstancias atenuantes genéricas a serem apreciadas. O Acusado tem contra si sentença condenatória definitiva proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Campina Grande/PB nos autos da AÇÃO PENAL 001.2003.007.175-5 (nº CNJ 0007175-19.2003.815.0001) com trânsito em julgado em 13/10/2005 o que atrai a incidência da agravante genérica de que trata o artigo 61, I, do Código Penal razão pela qual aumento de 1/6 (um sexto) a pena fixada no item precedente o que perfaz, nesta fase, 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão. (grifamos) Na terceira etapa, não havendo causas de aumento ou diminuição, tornou definitiva o quantum da reprimenda intermediária. Ademais, estabeleceu o regime inicial semiaberto e concedeu o direito de recorrer em liberdade com a seguinte fundamentação: "[...] O regime de cumprimento da pena é o inicialmente semi-aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, c c/c § 3º do Código Penal, assegurado ao Réu o direito à detração pelo tempo em que permaneceu provisoriamente preso em razão dos fatos de que tratam estes autos e cabendo ao JUÍZO DA EXECUÇÃO a unificação das penas em obediência ao disposto no artigo 65, III, a, da LEP e artigo 6º e § do PROVIMENTO CGJ/TJBA 04/2017. Considerando o lapso temporal transcorrido e a detração a que faz jus o acusado FAGNER SOUZA DA SILVA por conta do lapso temporal de encarceramento provisório e considerando o quantum da pena privativa de liberdade que lhe restou imposta nos exatos termos da

determinação contida na decisão proferida pelo Excelentíssimo Senhor MINISTRO GILMAR MENDES no RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1222460 já reportado, é de ser reconhecido ao acusado o direito de, querendo, manejar recurso em liberdade [...]”. Acerca do pleito de fixação do regime inicial aberto, este não merece acolhimento. Vale recordar que o ponto de partida para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena é o art. 33, § 2º, do Código Penal. Nessa linha, o § 3º, do art. 33, do CP, estabelece que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Assim, em atenção à sistemática geral prevista no Código Penal, os elementos balizadores para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, são as circunstâncias judiciais, a detração penal e a reincidência. No caso sub judice, as circunstâncias judiciais são favoráveis, não há elementos para a análise da detração penal – que deverá ser feita pelo Juízo da Execução – mas o acusado é reincidente, como reconhecido na segunda etapa do cálculo dosimétrico. Assim, apesar de o quantum de pena ter sido inferior a quatro anos, a reincidência constitui elemento idôneo para a fixação do regime inicial mais gravoso. É a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FORNECER BEBIDA ALCOÓLICA A ADOLESCENTE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE DETENÇÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A jurisprudência desta Corte é firme em assinalar que a reincidência é fundamento adequado e suficiente para justificar a adoção de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. Aplica-se o regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (Súmula n. 269 do STJ) (AgRg no HC n. 531.852/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 11/12/2019). 2. O art. 44, II, do Código Penal veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ao acusado reincidente em crime doloso, salvo se, em face de condenação anterior, a medida for socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, ponto em que se ressenste o recurso do requisito do prequestionamento (AgRg no AREsp n. 1.761.481/RJ, Ministro Olindo Menezes – Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, DJe 11/6/2021). 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 718952 SP 2022/0015856–9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/04/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2022) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DA COISA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. AGRADO DESPROVIDO [...]. 2. Diante da reincidência, não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto, mesmo que a pena seja estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão. Súmula 269/STJ. 3. Agravo desprovido. (STJ – AgRg no HC: 711008 SP 2021/0390500–6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 08/02/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2022) Portanto, a operação de apenamento se mostra irretocável, sendo imperiosa a manutenção da sentença em todos os seus termos. IV. DA CONCLUSÃO Ante o exposto, acolho o pronunciamento emitido pela d. Procuradoria de Justiça (ID 26967064) e voto CONHECIMENTO PARCIAL E IMPROVIMENTO do recurso, mantendo-se in totum o novo comando sentencial proferido. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR