

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000910-34.2019.8.05.0038

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ERYCLEITON SILVA DIAS e outros

Advogado (s): GILBERTO SOARES, JAILTON FERNANDO SILVA PEREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSOS DA DEFESA: TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT C/C ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/06. IMPERTINÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS REALIZADO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE INSERTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DESCABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. DROGAS EMBALADAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA. ANISTIA DA MULTA. VEDAÇÃO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. ABRANDAMENTO DO REGIME PENAL. INVIABILIDADE. RECURSO DO ESTADO DA BAHIA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA A QUO. RECURSOS DESPROVIDOS.

Os elementos probatórios coligidos aos autos são fortes e suficientes para produzir a certeza necessária para dar respaldo ao decreto condenatório, não pairando dúvidas sobre a materialidade e autoria do delito de tráfico

de drogas previsto no artigo 33, caput c/c o art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006.

É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos de policiais militares em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito.

Demonstrado nos autos que os réus realizavam o tráfico de drogas nas imediações de estabelecimento de ensino, deve ser mantida a incidência da causa de aumento prevista no inciso III, do art. 40, da Lei nº 11.343 / 06.

Constatada a dedicação do agente a atividades criminosas, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343 /06.

Não preenchendo o apenado as condições objetivas e subjetivas do artigo 44 do Código Penal, não pode ele obter a conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

Descabe a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, notadamente porque o réu é reincidente e, portanto, resta configurada a hipótese prevista no art. 33, § 2º, 'b', do CP, que consigna o regime semiaberto.

Na dosimetria da pena, observadas as disposições constitucionais a respeito, bem como o estatuído nos artigos 59 e 68 do Código Penal, adequada é a individualização da pena que o faz a partir de critérios devidos e proporcionais.

Possível a fixação dos honorários do Defensor Dativo, uma vez comprovada a efetiva prestação do serviço pelo profissional nomeado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000910-34.2019.805.0038, em que figuram como apelantes ERYCLEITON SILVA DIAS, WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA E O ESTADO DA BAHIA, e como apelado o 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, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos e, no mérito, JULGÁ-LOS DESPROVIDOS, nos termos alinhados pelo Relator.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido 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. 0000910-34.2019.8.05.0038

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ERYCLEITON SILVA DIAS e outros

Advogado (s): GILBERTO SOARES, JAILTON FERNANDO SILVA PEREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia ID 24882862 – págs. 3/8, contra ERYCLEITON SILVA DIAS vulgo "CLEITON" e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA vulgo "DUQUINHA" como incursos nos artigos 33 e 35 c/c art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

A acusatória narra que, "No dia 07/11/2019, por volta das 22h30mins, Rua das Flores, Bela Anísia, Santa Luzia-BA, ERYCLEITON SILVA DIAS e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, agindo com identidade e unidade de desígnios, previamente conluiados, traziam consigo e guardavam 10 (dez) invólucros contendo uma substância conhecida como "maconha" e 09 (nove) invólucros contendo uma substância conhecida como "cocaína", entorpecentes que determinam dependência físico-psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, com o fim de mercancia, nas imediações de estabelecimento de ensino. Acrescenta-se que em dia e local ignorados, ERYCLEITON SILVA DIAS e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA associaram-se para o fim de praticar o tráfico de drogas. " (sic)

Após regular trâmite, sobreveio a sentença ID 24882862 – págs. 104/117 que, ao acolher em parte a pretensão acusatória externada na denúncia, julgou procedente a ação penal, para condenar ERYCLEITON SILVA DIAS e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, como incurso nas sanções previstas nos artigos 33, caput c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, absolvendo os denunciados em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Quanto à reprimenda de ERYCLEITON SILVA DIAS, fixou-se a pena-base do denunciado em 5 (cinco) anos de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Na segunda fase, deixou de aplicar a circunstância atenuante do art. 65, I, do CP em razão de ter sido a pena fixada no mínimo legal. Na terceira fase, a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto) pelo cometimento da infração nas imediações de estabelecimento de ensino (art. 40, III, do CP), tornando-se definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, na razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, com fulcro no art. 49 do Código Penal, tudo corrigido quando do pagamento (artigo 43, da Lei 11.343/06).

Quanto à reprimenda de WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, fixou-se a pena-base do denunciado em 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa, em razão da valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais do art. 59, do CPC, qual seja, antecedentes. Na segunda fase, a pena foi reduzida em 1/6 (um sexto), em face da incidência da atenuante do art. 65, I, do CPC, sendo estabelecida em 05 (cinco) anos 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa. Na terceira fase, diante da presença de causa de aumento de pena, art. 40, III, do CP, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto), tornando-se definitiva em 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa.

Restou, determinado, ainda, o regime inicial semiaberto para ambos os denunciados, com o reconhecimento do direito de recorrerem em liberdade.

Inconformado com a sentença, o réu, WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, por intermédio de seu defensor dativo, interpôs recurso de Apelação ID 24882862.

Em suas razões, o apelante alega que a ação não merece ser acolhida, devendo ser dado provimento ao presente recurso, visto que não logrou a acusação demonstrar de forma cabal e incontroversa a culpa do apelante, havendo, quando muito, meros indícios que jamais poderiam ensejar uma condenação.

Acrescenta que apenas o depoimento dos policiais embasa a pretensão condenatória do Ministério Público, o que se mostra completamente incabível.

Aduz ser temerário proceder-se a uma instrução processual, em vias ainda de se chegar a uma condenação e a imputação de uma pena, frente à extrema fragilidade do material probatório que tenta comprovar a materialidade de

um pretense delito que não ocorreu nos moldes do que foi alegado. Diante de qualquer dúvida, prima-se pela absolvição do réu, como expõe o brocardo jurídico *in dubio pro reo*.

Insurge-se, outrossim, contra o regime de pena imposto no decisum, alegando ser compatível à espécie o regime inicial aberto.

Sob tais argumentos, requer o provimento do respectivo recurso, devendo o apelante, ao final, ser absolvido da acusação, com fulcro no artigo 386, inciso V e VII do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer o reconhecimento e aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, a alteração do regime inicial penal para o aberto ou a substituição da pena por restritiva de direitos, com a exclusão da causa de aumento de pena do art. 40, III, do CP, além da anistia da multa imposta.

Inconformado com a sentença, o réu ERYCLEITON SILVA DIAS, por intermédio de seu representante legal, interpôs recurso de Apelação ID 1670591105.

Em suas razões, o apelante alega que a sentença deve ser reformada para absolver o acusado, ou para fazer incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Aduz que, embora inexista óbice legal a se considerar como prova o depoimento prestado por policiais envolvidos na diligência, o fato é que, no caso em apreço, as declarações policiais não poderão ser consideradas, posto que destoantes, não apenas do quanto afirmado pelos réus, mas também, do quanto afirmado pela testemunha de nome Regivaldo; que tais provas são inconclusivas, sendo mais prudente a absolvição do réu, principalmente diante da sua alegação de inocência, e da dúvida razoável decorrente da fragilidade da prova produzida. Subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, assim como a exclusão da causa de aumento de pena do art. 40, III, da lei nº 11.343/06.

Nas contrarrazões ID 16856202, o Ministério Público pugnou pelo não provimento dos apelos, mantendo-se inalterada a sentença atacada.

Irresignado, apelou também o Estado da Bahia em peça ID 24882968.

Em suas razões, sustenta que a decisão a quo, na parte em que condena o Estado da Bahia no pagamento dos honorários advocatícios que arbitra é manifestamente nula, posto que o ESTADO DA BAHIA não foi parte nesta demanda e, portanto, não pôde exercer plenamente o seu direito à ampla defesa.

No mérito, aduz que é fato notório que o Estado da Bahia mantém uma Defensoria Pública em funcionamento e, portanto, existindo este órgão, deveria ter sido oficiado para indicar no prazo legal o profissional que patrocinaria a causa em questão. No silêncio do órgão, o juiz passaria à Seção ou Subseção da OAB; e inexistindo ambos, é que o juiz nomearia o advogado indicado pelo próprio interessado.

Defende, portanto, que desobedecidas as formalidades legais expressamente previstas, nula foi a designação do advogado pelo Juízo a quo, não

gerando, por conseguinte, o dever de remunerar os serviços, face à desobediência ao princípio do devido processo legal.

Alega, outrossim, que o § 1º do artigo 22 da Lei 8.906, de 4.7.1994, não autoriza o juiz a fixar honorários em favor do advogado e contra a Fazenda Pública no próprio processo em que atuou. O defensor nomeado pelo Juiz, que pretende honorários, deve utilizar-se da via ordinária para constituir eventual crédito neste sentido.

Por fim, insurge-se contra o valor fixado em sentença como honorários sucumbenciais, ao argumento de serem excessivos.

Contrarrazões ao recurso de apelação do Estado da Bahia, ID 24882973, em que Jailton Fernando Silva Pereira, advogado interessado, refuta os argumentos recursais do ente público estadual, pugnando pelo desproimento do apelo.

A douta Procuradoria de Justiça, no parecer ID 167059105, pronunciou-se pelo conhecimento das apelações e, no mérito, pelo desproimento dos recursos, a fim de que seja mantida a sentença integralmente. Quanto a apelação do Estado da Bahia, o Órgão Ministerial, por meio do parecer ID 25648754, pronunciou-se pela ausência de interesse público primário.

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

Salvador, data registrada no sistema.

CARLOS ROBERTO SANTOS ARAUJO
DESEMBARGADOR RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000910-34.2019.8.05.0038

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ERYCLEITON SILVA DIAS e outros

Advogado (s): GILBERTO SOARES, JAILTON FERNANDO SILVA PEREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Cuida-se de Apelações Criminais interposta por ERYCLEITON SILVA DIAS e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA e o Estado da Bahia contra sentença ID 24882862 – págs. 104/117, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de CAMACÃ/BA que, ao acolher, em parte, a pretensão acusatória externada na denúncia, julgou procedente a ação penal, para condenar ERYCLEITON SILVA DIAS e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, Lei nº 11.343/06, c/c o art. 40, III, da Lei 11.343/06.

RECURSOS DE APELAÇÃO INTERPOSTOS PELA DEFESA

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos, passo a julgá-los.

DO PLEITO ABSOLUTÓRIO

As defesas pugnaram pela absolvição dos apelantes invocando o princípio do in dubio pro reo, porém, no presente caso, não há qualquer dúvida acerca da autoria e materialidade do crime de tráfico.

Não obstante as defesas tenham alegado insuficiência de provas, depreende-se dos autos que a materialidade delitiva restou consubstanciada por meio do auto de prisão em flagrante, do boletim de ocorrência, do auto de exibição e apreensão e pelos laudos de exame pericial que revelaram a ilicitude das substâncias apreendidas (benzoilmetilecgonina e tetrahydrocannabinol), popularmente conhecidas como cocaína e maconha. (id 167059102)

A autoria delitiva, por sua vez, restou comprovada pelas declarações prestadas em juízo pelos policiais militares que participaram da ocorrência e pelos próprios apelantes.

Em juízo, os policiais SD PM WESLEY LISBOA FONSECA e FLAVIO STÊNIO SILVA SANTOS, declararam "que foram informados de que havia três indivíduos armados traficando e ameaçando pessoas em frente ao colégio Belanisia. Disseram que segundo informaram as pessoas se tratavam de Erycleiton, Vvlgº Cleiton ", Willian vulgo " Duquinha ", e outro indivíduo, mas que quando chegaram o local os três se evadiram. Relatou que em uma segunda tentativa de surpreenderem os meliantes, conseguiram a abordar Erycleiton, o qual foi encaminhado para a delegacia de Itabuna já que se encontrava com a droga apreendida. Falaram que Erycleiton afirmou que Willian" Duquinha "estaria junto com o acusado, porém teria conseguido evadir-se. Ponderaram que mesmo antes desses fatos, já havia relatos de que esses indivíduos já andavam pelo local praticando crimes. Afirmaram que os réus estavam ameaçando o porteiro da escola e alguns estudantes, forçando-os a

adquirir drogas. O SD Wesley afirmou que no momento da prisão havia Erycleiton e um outro indivíduo que fugiu, porém o SD Flávio disse que visualizou afirmando se tratar de Willian. Afirmaram que Erycleiton na fuga caiu, e por isso, conseguiram alcançá-lo e prendê-lo. O SD PM Flávio Stênio disse que a droga pertencia a João Paulo, vulgo "manchinha", que está no presídio de Itabuna. Salientou, ainda, o referido policial, que já havia recebido informações de que Cleiton era envolvido com o tráfico de drogas, porém não nunca o havia abordado. Respondeu que apesar de ter afirmado que estava bebendo, não notou se o réu estava bêbado." (sic) O TEN PM ARTHUR OLIVEIRA DE ANDRADE, em sede policial, disse:

"[...] que se encontrava em ronda, na data de ontem, no município de Santa Luzia, acompanhado pelo SD PM WESLEY LISBOA FONSECA, tendo recebido diver DUQUINHA. cujo nome é WILLIAM CARDOSO DE OLIVEIRA. é conhecido por ser traficante de drogas, e que estava preso até recentemente: Que se dirigiram até o local e no primeiro momento não foram encontrados suspeitos; Que foram informados de que os mesmos evadiram-se quando a viatura se aproximou; Que mantiveram contato com a direção da escola que confirmou o fato e acrescentou que um deles ameaçou o porteiro de morte; Que foi realizada diligência nas imediações do colégio, quando receberam informação de que os suspeitos estavam transitando na rua Clemente Bispo, ao lado do colégio Agnaldo Ferreira; Que foram denúncias levadas ao conhecimento dos policiais militares, de que o flagranteado, na companhia de outros dois suspeitos, sendo um deles, Willian Cardoso de Oliveira, vulgo "Duquinha", estavam traficando drogas na porta de uma escola municipal, além de ameaçar de morte o porteiro. Consta ainda dos autos, que Willian é um conhecido traficante de drogas que, inclusive evadiu-se do local quando notou a chegada dos policiais, demonstrando com base em fatores concretos, que a medida cautelar se mostra necessária à preservação da ordem pública. Ademais, o acusado foi encontrado na posse de drogas (maconha e cocaína) e disse ser usuário da substância entorpecente conhecida vulgarmente por maconha. É mister acrescentar que tanto a guarnição da polícia militar que participou da diligência narrou os fatos de maneira uníssona e coerente, apontando o flagranteado como autor do crime, declarando que o flagranteado é conhecido traficante naquele Município. Eis, a propósito, o que disse o condutor TEN PM ARTUR OLIVEIRA DE ANDRADE, em sede policial: um dos indivíduos caiu. sendo alcançado. e identificado como ERYCLEITON SILVA DIAS, vulgo CLEITON: traficante conhecido na cidade: que ao ser procedida a revista pessoal foi encontrado em poder do mesmo, dentro de uma sacola, no bolso, 10 (dez) buchas de MACONHA e 09 (nove) papelotes de COCAÍNA; Que em sua cintura foi encontrada uma faca tipo peixeira. Enferrujada." (sic)

Os depoimentos dos policiais militares, responsáveis pelo flagrante e pela apreensão das substâncias entorpecentes, revelam satisfatoriamente a prática do crime de tráfico pelos referidos acusados.

Ademais, os depoimentos prestados pelos mencionados agentes públicos merecem total credibilidade, pois gozam de presunção de veracidade, em especial porque, no caso dos autos, nada indica a intenção de prejudicar os denunciados.

Sobre o tema, o STJ já decidiu que, inexistindo razão para considerar indignas de confiança as palavras dos agentes públicos, estas devem ser tidas por válidas para respaldar a condenação. Confira-se:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO

DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual. 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 262.582/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)

Acrescente-se, ainda, o fato de que os depoimentos dos policiais militares se apresentam congruentes e harmônicos com as demais provas dos autos e com os depoimentos prestados pelos próprios apelantes no curso na fase inquisitorial e judicial, inexistindo contradições sobre os detalhes da abordagem ou da ocorrência do crime, senão vejamos:

O réu, ERYCLEITON SILVA DIAS, embora tenha negado a prática do delito, confirmou, na fase indiciária, que no dia da abordagem policial encontrava-se nas imediações do Colégio Pavilhão em companhia de WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA vulgo "DUQUINHA", quando se deu o desentendimento e ameaças ao porteiro da escola. Veja-se:

[...] que nega as acusações de tráfico de drogas e afirma que o material apresentado pela Polícia Militar não lhe pertence; Que afirma que na data de ontem, a noite, estava em companhia de DUQUINHA e de um outro indivíduo que não sabe o nome, amigo de DUQUINHA; Que encontrou DUQUINHA no pé do morro e este lhe chamou para dar um "role"; Que começaram a consumir bebida alcoólica no morro e depois desceram para dar uma volta, o interrogado levando uma garrafa de Velho Barreiro e DUQUINHA com uma garrafa de Conhaque; Que passaram em frente ao Colégio Pavilhão, próximo do Colégio Santa Luzia; Que houve uma breve discussão entre o amigo de DUQUINHA e o porteiro MARAMBAIA, e o amigo de DUQUINHA falou que iria "pocar" o porteiro se ele chama-se a polícia; Que seguiram andando e mais adiante tomaram duas cervejas, no bar de Vanda; Que depois da cerveja continuaram o "role", e quando passaram pela rua das Flores surgiu uma viatura da Polícia Militar; Que DUQUINHA e o amigo dele correram; Que o interrogado ficou no local e foi colocado no interior da viatura; Que o interrogado não estava portando nem drogas e nem faca; Que ficou no interior da viatura aguardando, achando que os policiais estavam procurando DUQUINHA e o amigo deles; Que instantes depois os policiais retomaram para a viatura e trouxeram o interrogado a este Complexo; Que o interrogado afirma já ter traficado no passado e que atualmente não trafica mais; Que está com uma namorada grávida e o interrogado vai para Taubaté, a fim de trabalhar com seu genitor; Que nunca foi preso anteriormente; Que faz uso de MACONHA."(sic)

Tal depoimento foi confirmado em Juízo não só pelo primeiro acusado ERYCLEITON SILVA DIAS, mas também por WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, senão vejamos:

"ERYCLEITON SILVA DIAS disse que a acusação não é verdadeira. Narrou que estavam bebendo, e que foi em casa tomou um banho e depois desceu de novo para beber novamente, mas quando estavam próximos ao colégio os policiais o abordaram portando apenas uma garrafa de cachaça Velho Barreiro. Contudo disse que após ser apresentado na delegacia de Itabuna, os policiais apresentaram também a droga. Relatou que estava bebendo, no dia dos fatos, com Duquinha e uma outra pessoa "do morro" que não lembra o nome. Revelou que na abordagem levou um soco e caiu sendo algemado logo em seguida. Contou que a confusão na porta da escola foi entre "Duquinha" (Willian) e um rapaz que estava de bicicleta, mas a confusão logo foi acalmada. (CD-ROM tl. 82)."(sic)

"WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, falou que foi com Cleiton num bar no morro, e que quando retornaram e estavam próximos ao colégio, os policiais chegaram e os abordaram, mas como sabe que os policiais já disseram que o matariam quando o pegassem, sua alternativa foi correr. Falou que não foi na casa de Clayton, afirmando que o encontrou na porta do colégio. Disse acreditar que Clayton não tinha drogas, mas que estava com uma garrafa de bebida e que estava bebendo. Respondeu que está trabalhando e que Erycleiton também trabalha na roça.(CD-ROM fi. 82)."(sic)

Ressalte-se que a prova do tráfico deve ser apreciada em seu conjunto, sem desprezo aos depoimentos dos agentes públicos, nem a outros indicativos que levem a concluir pela responsabilidade penal da pessoa acusada.

De outro modo, tem-se que, não raras vezes, o delito é cometido na ausência de testemunhas presenciais, além dos policiais responsáveis pela prisão dos agentes, o que é decorrência lógica da natureza clandestina do tráfico ilícito de entorpecentes. Sendo assim, não se pode desprezar o valor probatório de tais testemunhos pelo simples exercício da função policial.

Por sua vez, a defesa não trouxe qualquer prova que desconstitua ou desacredite os depoimentos prestados pelos policiais, não existindo óbice algum ao aproveitamento de tais depoimentos.

Por tudo isso, ao contrário do alegado nas razões recursais, existem nos autos provas suficientes para a manutenção do decreto condenatório por tráfico, bem como para comprovar as imputações feitas aos sentenciados, ERYCLEITON SILVA DIAS, vulgo"CLEITON", e WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA, vulgo"DUQUINHA", não havendo que se falar em presunção de inocência DA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343 /06

Mantida a condenação no delito de tráfico de drogas, buscam os apelantes o decote da majorante do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06.

Não procede, entretanto, a irresignação manifestada.

O art. 40, inciso II, da Lei de Tráfico é claro ao dispor que:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;" (sic)

No presente caso, incidiu a causa de aumento em razão de o tráfico de drogas ter ocorrido nas imediações de estabelecimento de ensino.

Sobre a questão, oportuno transcrever o excerto do opinativo ministerial id 167059105: “ [...] Prosseguindo, tem-se que não merece prosperar o pleito de afastamento da majorante prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, visto que restou demonstrado que a traficância vinha sendo exercida nas imediações de estabelecimento de ensino.” (sic)

Desta forma, deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, praticada que fora, a mercancia de drogas, nas imediações de estabelecimento de ensino.

In casu, afigura-se prescindível a efetiva comprovação de que o tráfico visava a atingir os alunos do respectivo colégio.

DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343 /06

Mantida a condenação por tráfico de drogas, pretende a defesa do acusado, Erycleiton Silva Dias, vulgo “Cleiton”, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Cumprе consignar que para a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, é necessário que o réu cumpra os requisitos ali elencados de forma cumulativa e simultânea.

Em assim sendo, o réu deve ser primário, apresentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades delitivas ou integrar organização criminosa. Isso porque o benefício, ou privilégio em análise, é direcionado para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, muitas vezes para sustentar seu próprio vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, com habitualidade, a atividade ilícita.

Na hipótese, a sentença deixou de aplicar a causa de diminuição registrando que o acusado vinha se dedicando a atividades ilícitas:

“Em relação à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, 4º da Lei 11.343/06, em relação a ambos os réus, deixo de aplicá-la tendo em vista que Erycleiton claramente se envolve em atividades criminosas como o tráfico, como ele próprio afirmou em seu depoimento em sede policial e que Willian também é contumaz na pratica deste delito, do qual inclusive já foi condenado em outra oportunidade, conforme processo

000816–23.2018.805.0038, havendo, portanto, indicativo de que os réus são voltados, com habitualidade, para a prática de atos criminosos.” (sic)

No caso em tela, as provas dos autos revelam que o denunciado vinha se dedicando às atividades criminosas, promovendo o tráfico de drogas de maneira perene, situação apta a afastar a concessão da benesse prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, mormente por ter admitido, em sede policial, já ter traficado anteriormente (Id 167059102).

Ademais, como bem pontuado pela Procuradoria de Justiça; “Trata-se de registro que, embora não possa ser valorado a título de maus antecedentes, tampouco devem ser desprezados para fins de aferição da dedicação do agente a atividades criminosas [...]” (id 167059105 – pág. 85).

DA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28, DA LEI Nº 11.343 /06

O sentenciado, Willian Cardoso de Oliveira, requer, alternativamente, a desclassificação do ilícito para o crime de porte de droga para consumo próprio, tipificado no art. 28, da Lei nº 11.343/06.

Todavia, os elementos de prova coletados no curso processual sustentam a condenação do recorrente pela prática do delito imputado na exordial.

Por sua vez, não se desincumbiu a Defesa do ônus de comprovar que as substâncias ilícitas apreendidas se destinavam, exclusivamente, ao uso próprio do sentenciado, diferentemente do que ocorreu em relação à acusação, ao comprovar os fatos narrados na Denúncia.

Segundo Mirabete: "Ônus da prova (onus probandi) é a faculdade de que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuricidade, culpabilidade e punibilidade, bem como circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena etc.), ou benefícios penais." (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 412).

Desta feita, não tendo o apelante apresentado provas veementes e inequívocas de que a droga apreendida se destinava a seu próprio consumo, resta desautorizado a este Colegiado acolher o pleito desclassificatório.

DO PLEITO DE ANISTIA DA MULTA

O apelante, Willian Cardoso de Oliveira, pleiteia a anistia da multa. Contudo, na hipótese fática, não há que se falar em isenção ou redução da pena de multa aplicada cumulativamente à pena privativa de liberdade, eis que a referida pena foi fixada de forma proporcional à sanção corporal. Ademais, não há previsão legal para anistia ou indulto no crime em espécie.

O artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, reza expressamente que os crimes previstos nos artigos. 33, § 1º, e 34 a 37 do mencionado normativo são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Do mesmo modo a Lei de Crimes Hediondos. Confira-se:

Lei nº 8072/1990:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante)

I – anistia, graça e indulto;

Neste sentido esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, ALÉM DE OUTROS REQUERIMENTOS RELACIONADOS À SANÇÃO APLICADA. MAGISTRADO QUE FUNDAMENTOU DEVIDAMENTE A NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS, EXTRAÍDO ESPECIALMENTE DA PROVA TESTEMUNHAL, INDICANDO SER A APELANTE INTEGRANTE DE GRUPO CRIMINOSO DEDICADO AO TRÁFICO DE DROGAS. POR OUTRO LADO, INDEVIDO SE FALAR EM OBRIGATORIEDADE DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO, COM BASE NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, UMA VEZ QUE O ART. 2º, § 1º, DO REFERIDO DIPLOMA NORMATIVO VIOLA MANIFESTAMENTE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, CONFORME, INCLUSIVE, JÁ RECONHECEU DE FORMA REITERADA O STF. ASSIM, ADEQUANDO O REGIME ÀS BALIZAS DO §º 2, "b)", DO ART. 33 DO CPB, E TENDO POR BASE A PENA IMPOSTA (05 ANOS, 02 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO), ALTERA-SE O REGIME INICIAL PARA O SEMIABERTO. POR OUTRO LADO, MANTIDA A QUANTIDADE DE PENA INICIALMENTE APLICADA, PERMANECE INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO PREVISTA NO ART. 44 DO CPB, COMO TAMBÉM O "SURSIS" PENAL, REQUERIDOS PELA RECORRENTE. QUANTO AO PEDIDO DE ANISTIA DA MULTA OU SUA DIMINUIÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DA APELANTE, INCABÍVEL O SEU ACOLHIMENTO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. DA MESMA FORMA, IMPOSSÍVEL O ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR,

SOB O FUNDAMENTO DE SER A RECORRENTE GENITORA DE TRÊS CRIANÇAS, PORQUANTO SEQUER CUIDOU DE COMPROVAR A REFERIDA MATERNIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, APENAS PARA ALTERAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000580-71.2018.8.05.0038, Relator (a): Julio Cezar Lemos Travessa, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 21/02/2019) (sic)

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS/ DO ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, com abrandamento do regime prisional, melhor sorte não assiste ao apelante.

Não se pode olvidar que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos exige a presença dos requisitos objetivo (pena aplicada igual ou inferior a quatro anos para o condenado não reincidente) e subjetivo (circunstâncias judiciais favoráveis), nos termos do artigo 44, do Código Penal; os quais não se verificam no caso dos autos.

Além disso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também não é recomendada, diante da natureza das drogas apreendidas, maconha e cocaína, esta última extremamente nociva à saúde. (Laudo Pericial id 167059102 – págs. 28, 91/92))

Acerca da matéria, a Corte Superior enfatizou a: “Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga. Precedente” (RHC 122.804/MT, Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 14.10.2014) Desta feita, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, utilizadas para modular a redutora do tráfico privilegiado, justificam o afastamento da pena e a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto.

Ademais, o apelante, Willian Cardoso de Oliveira, foi condenado a 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa, sendo contumaz na prática do delito, do qual inclusive já foi condenado em outra oportunidade, conforme processo nº 000816-23.2018.805.0038, restando configurada a hipótese prevista no art. 33, § 2º, ‘b’, do CP, que consigna o regime semiaberto.

DA DOSIMETRIA DA PENA
ERYCLEITON SILVA DIAS

Analisando a sentença condenatória (id 24882862), observa-se que, na primeira fase, a fixação da pena-base imposta ao réu está devidamente fundamentada em 5 (cinco) anos de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, apesar da incidência da atenuante do art. 65, I, do CP, a pena foi mantida porque já fixada no mínimo legal.

Na terceira fase, a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto) pelo cometimento da infração nas imediações de estabelecimento de ensino, tornando-se definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, na razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, com fulcro no art. 49 do Código Penal, tudo corrigido quando do pagamento.

WILLIAN CARDOSO DE OLIVEIRA

Analisando a sentença condenatória (id 24882862), observa-se que, na primeira fase, a fixação da pena-base imposta ao réu está devidamente fundamentada em 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa, em razão da valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais do art. 59, do CPC, qual seja:

1) Antecedentes O apelante não é possuidor de bons antecedentes, tendo já sido condenado na prática do mesmo delito nos autos da ação penal nº 000816-23.2018.805.0038.

Na segunda fase, a pena foi reduzida em 1/6 (um sexto), em face da incidência da atenuante do art. 65, I, do CP – ser o agente menor de 20 anos na data do fato; sendo a pena estabelecida em 05 (cinco) anos e 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Na terceira, diante da presença da causa de aumento de pena do art. 40, III, do CP, a sanção foi majorada em 1/6 (um sexto), tornando-se definitiva em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa.

Desta forma, não havendo elementos que denotem erro na fixação das reprimendas aplicadas, mantém-se inalterada a dosimetria penal.

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO DO ESTADO DA BAHIA

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise das razões recursais.

O cerne da questão está na fixação dos honorários devidos ao defensor dativo, que atuou na causa em virtude da vacância de Defensor Público na Comarca.

Os honorários advocatícios dos Defensores Dativos arbitrados devem observar o art. 22, § 1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que estabelece:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenacionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço tem o direito aos honorários fixados pelo Juiz, segundo a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

No caso sob exame, insuficiente o número de Defensores Públicos na localidade, o ônus dos honorários sucumbenciais fixados deve ser integralmente suportado pelo Estado.

Neste sentido, os seguintes precedentes do STJ:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR DATIVO. REPRESENTAÇÃO EM PROCESSO CRIMINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TABELA DA OAB. ART. 22, § 1º, DA LEI N. 8.904/1994. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal. 2. "O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que, nos termos do parágrafo 1º do art. 22 da Lei n. 8.906/1994, o advogado que atuar como assistente judiciário de pessoas necessitadas, quando inexistente ou insuficiente a Defensoria Pública no local da prestação do serviço, faz jus aos honorários fixados pelo juiz e pagos pelo Estado, segundo os valores da tabela da OAB." (AgRg no REsp 1.512.013/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 28/10/2015) 3. Para a análise da ofensa ao princípio da proporcionalidade, na forma como tratada pelo recorrente, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgInt no REsp: 1435762 SC 2014/0037688-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 01/06/2017, T5 –QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS FIXADOS EM SENTENÇA-CRIME TRANSITADA EM JULGADO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO SOB PENA DE AFRONTA À COISA JULGADA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do STJ já fixou o entendimento que "transitada em julgado, a sentença proferida em processo crime que fixa honorários advocatícios em favor de defensor dativo constitui título executivo líquido, certo e exigível, na forma dos arts. 24 do Estatuto da Advocacia e 585 , V, do CPC", sendo que, "em obediência à coisa julgada, é inviável revisar, em embargos à execução, o valor da verba honorária fixada em sentença com trânsito em julgado. Precedentes: AgRg no REsp 1.407.366/ES , Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/12/2013; AgRg no REsp 1.370.209/ES , Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/6/2013. 2. Esta Corte já decidiu que não se configura violação da coisa julgada em caso de execução de título judicial que arbitra verba honorária em favor de defensor dativo que atuou no feito cognitivo. Isso porque" a condenação em honorários (para defensor dativo) se deu em sentença penal, na qual o Estado é o autor da ação e, ainda, o responsável pela garantia de que são observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório ao réu ". Precedentes: AgRg no REsp 1.365.166/ES , Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/5/2013. 3. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no REsp 1407469 / ES , Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, Julgado em 15/12/2016, Publicado no DJe de 03/02/2017) Com efeito, não há dúvida de que compete ao Juízo criminal, ao final da ação penal, fixar os honorários devidos ao advogado dativo. Sendo certo que não pode o Estado alegar que não é parte e não tomou ciência da designação do profissional. Assim, atento ao grau de zelo da profissional, natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido, bem como a jurisprudência pacífica do Egrégio STJ, deve ser mantido o valor dos honorários arbitrados no decurso. Dessa forma, não restou demonstrada a violação ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, motivo pelo qual mantenho a condenação do Estado da Bahia ao pagamento de honorários advocatícios ao defensor dativo nomeado pelo magistrado sentenciante. Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação para, no mérito, julgá-los DESPROVIDOS. É como voto. Salvador, data registrada no sistema.

CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
DESEMBARGADOR RELATOR