

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007369-09.2021.8.05.0146 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CLEBSON MESSIAS DE OLIVEIRA SILVA Advogado (s): FRANCISCO GONCALVES DA CRUZ FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. REQUERIMENTO VENTILADO PELA DEFESA APENAS NAS ALEGAÇÃO FINAIS. PRECLUSÃO TEMPORAL CONFIGURADA. EXAME DE INSANIDADE MENTAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A DEMONSTRAR A NECESSÁRIA DÚVIDA SOBRE A HIGIDEZ MENTAL DO ACUSADO. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE INSERIDA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DEMONSTRADOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Uma vez que os indícios utilizados pela Defesa para fundamentar o pedido de exame toxicológico estariam materializados no Inquérito Policial, conclui-se que o requerimento pericial deveria ter sido ventilado na Defesa Prévia. Na mesma linha, ao argumentar que o réu afirmou, em juízo, ser viciado em maconha, a Defesa deveria ter requerido o citado exame logo após a conclusão desse ato processual, conforme autorizado pelo art. 402 do CPP. No entanto, quedou-se inerte e o fez apenas nas alegações finais, dando azo à configuração da preclusão temporal. 2. O incidente de insanidade mental, embora possa ser instaurado, de ofício, pelo Magistrado, exige a comprovação de dúvida acerca da higidez mental do acusado, o que não se verificou na presente hipótese. Inteligência do art. 149 do CPP e jurisprudência do STJ e Tribunais Estaduais. 3. Demonstradas a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas, de maneira inequívoca, inviável o acolhimento do pedido de absolvição do Apelante. Por consequência, afasta-se o pedido subsidiário de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. 4. Consoante a recente jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a existência de Inquéritos Policiais ou Ações Penais em curso não constituem fundamento idôneo para afastar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Assim, uma vez demonstrado que o Apelante é primário, possui bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa, impõe-se o reconhecimento do tráfico privilegiado. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8007369-09.2021.8.05.0146 da Comarca de Juazeiro, sendo Apelante CLEBSON MESSIAS DE OLIVEIRA SILVA e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pelo Apelante, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 1 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007369-09.2021.8.05.0146 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CLEBSON MESSIAS DE OLIVEIRA SILVA Advogado (s): FRANCISCO GONCALVES DA CRUZ FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação

interposto pelo Acusado CLEBSON MESSIAS DE OLIVEIRA SILVA, tendo em vista sua irresignação contra o conteúdo da sentença condenatória, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro/BA, que julgou procedente a denúncia e o condenou ao cumprimento das sanções do art. 33, caput, Lei 11.343/2006, fixando-lhe a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, associada à prestação pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Irresignada, a Defesa de Marcos Vinícius interpôs recurso de apelação e pugnou, preliminarmente, pela decretação da nulidade do processo, pois o exame de dependência toxicológica não foi realizado no acusado. No mérito, pugnou pela absolvição, diante da inexistência de provas. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do delito de tráfico para consumo pessoal de drogas. Caso também não seja acolhida essa tese, requereu a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas (ids. 29772819 e 29772832). Em contrarrazões, o Parquet requereu o conhecimento e desprovimento do recurso interposto pelo acusado (id. 29772838). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, por meio do parecer exarado pela Dra. Sheilla Maria da Graça Coutinho das Neves, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (id. 32432344). Em seguida, os autos vieram conclusos. É o relatório. Salvador/BA, 17 de agosto de 2022. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007369-09.2021.8.05.0146 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CLEBSON MESSIAS DE OLIVEIRA SILVA Advogado (s): FRANCISCO GONCALVES DA CRUZ FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos autos, percebe-se que a sentença foi disponibilizada no DJe em 02/05/2022 (id. 29772806), enquanto que a Defesa interpôs o recurso no dia 04/05/2022 (id. 29772819). O acusado foi intimado da sentença em 29/04/2022 (id. 29772816) sendo possível, assim, constatar a tempestividade da Apelação. Levando-se em conta o preenchimento dos demais requisitos legais, tem-se que o recurso deve ser conhecido. 2. PRELIMINAR. DA ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO DIANTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA NO RÉU. Inicialmente, a Defesa constituída aduz que o acusado era inimputável, pois incapaz de verificar lucidamente a ilicitude do delito perpetrado. Para tanto, pautou-se nas declarações do réu prestadas na delegacia de polícia e durante a fase judicial, no sentido de ser viciado em maconha. Em seguida, concluiu que o Apelante é dependente químico e o processo deveria ser declarado nulo. Ao compulsar os autos da ação penal, verifica-se que a Defesa mencionou tal circunstância apenas nos memoriais escritos, quando poderia fazê-lo na primeira oportunidade em que atuou no processo, ou seja, na resposta à acusação. Isso porque foi utilizado como indício para fundamentar o pedido de exame toxicológico o fato de o Apelante ter declarado, na fase policial, que era usuário de drogas. É possível inferir, assim, que naquela oportunidade já era possível à Defesa deduzir acerca da necessidade do pleito pericial, medida que, contudo, não foi adotada. As declarações colhidas no interrogatório judicial, no sentido de ser usuário de entorpecentes, também foram utilizadas para amparar o pedido de reconhecimento da nulidade processual. No entanto, em vez de requerer a realização de perícia logo após o encerramento do interrogatório, conforme autorizado pelo Código de Processo Penal, a

Defesa manteve-se inerte e atacou a inexistência de realização de exame toxicológico apenas nos memoriais derradeiros. Ignorou, dessa forma, o quanto disposto no art. 402 do CPP: Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Como o pedido de realização do exame pericial não foi realizado oportunamente, percebe-se que a matéria ventilada somente nas alegações finais está preclusa. Mas isso não é tudo. Observa-se das razões recursais que a realização do exame toxicológico se destinava à comprovação de que o acusado “era inimputável, visto que era incapaz de verificar lucidamente a ilicitude do delito perpetrado.” (id. 29772832 – fl. 05). Para tal propósito, é cediço que o CPP prevê o exame de insanidade mental, cuja finalidade é aferir a integridade mental do acusado e viabilizar a análise da culpabilidade, sob a perspectiva da imputabilidade penal. Em que pese não tenha ocorrido requerimento da Defesa nesse sentido, não se ignora que o juiz pode determinar a instauração do incidente de insanidade de ofício, mas desde que haja nos autos a comprovação de dúvida razoável acerca da higidez mental do acusado. O art. 149 do CPP disciplina: Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. (Grifei) Na hipótese vertente, não se verificou a presença de laudo médico ou qualquer outro elemento de prova que pudesse indicar dúvida sobre a saúde mental do réu, não sendo a mera alegação de que ele é toxicômano suficiente para tanto. Saliente-se que, durante o seu interrogatório, o acusado encontrava-se lúcido e eloquente, e relatou sua versão dos fatos de forma concatenada, não sendo possível notar minimamente qualquer indício que pudesse demonstrar o comprometimento da sua saúde mental (PJe mídias). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO RATIFICADA EM GRAU DE APELAÇÃO. NULIDADE. INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. (...) AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, A alegação de dependência química de substâncias entorpecentes do paciente não implica obrigatoriedade de realização do exame toxicológico, ficando a análise de sua necessidade dentro do âmbito de discricionariedade motivada do Magistrado (RHC 88.626/DF, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 14/11/2017). 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, concluíram que o acervo probatório era suficiente para embasar a negativa do exame de dependência toxicológica, inexistindo qualquer comprovação de comprometimento da higidez mental do paciente, o qual, em seu interrogatório judicial, encontrava-se lúcido e eloquente, relatando sua versão dos fatos de forma concatenada e segura. (STJ – AgRg no HC: 728625 SP 2022/0069053-9, Data de Julgamento: 14/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2022) AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISTRIBUIÇÃO E ARMAZENAMENTO DE IMAGENS E VÍDEOS COM CENAS DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICAS CONTENDO CRIANÇAS OU ADOLESCENTES. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. NÃO OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À SANIDADE MENTAL. VIA ELEITA INADEQUADA PARA AFERIR A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA MEDIDA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. AGRADO IMPROVIDO. 1. Deve

ser mantida a decisão monocrática que negou provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus, uma vez que, consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a instauração de exame de sanidade mental depende da discricionariedade do magistrado, exigindo a existência de dúvida razoável acerca da higidez mental do acusado. (...) (AgRg no RHC 113.079/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 05/03/2020, grifou-se Na mesma linha, os Tribunais Estaduais: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO – PRELIMINAR PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. REDUÇÃO DA PENA-BASE – NECESSIDADE. SUSPENSÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – MOMENTO INOPORTUNO. PRELIMINAR REJEITADA E RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O indeferimento do pedido de realização do exame de dependência toxicológica do acusado, quando motivado na ausência de dúvida razoável sobre a sua higidez mental, não configura nulidade por cerceamento de defesa, na medida em que a dependência química, por si só, não implica na obrigatoriedade de realização do exame toxicológico, o qual somente se faz necessário quando há suspeita de que, ao tempo do crime, ele era inteiramente incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta. (...) (TJ-MG – APR: 10479160187510001 Passos, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 15/02/2022, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/02/2022) HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICO. AUSÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA PODER DE AUTODETERMINAÇÃO DO RÉU OU QUE SEU COMPORTAMENTO DELITIVO DECORREU DO USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO À PROVA. ORDEM DENEGADA. 1. A alegação de dependência química de substâncias entorpecentes do paciente não implica obrigatoriedade de realização do exame toxicológico, ficando a análise de sua necessidade dentro do âmbito de discricionariedade motivada do Magistrado. (HC 336.811/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016). 2. O juízo de origem, de forma motivada, indeferiu o pedido de exame de dependência toxicológico, por entender que não havia dúvida razoável quanto a integridade do poder de autodeterminação do réu e por inexistir evidências de que o comportamento delituoso do paciente tenha sido decorrência da dependência do paciente faça uso de substância entorpecente. Não há reparos à decisão, o Juízo é o destinatário da prova, podendo indeferir os pedidos desprovidos de justa causa, sem que haja ofensa ao direito à prova ou à ampla defesa, ainda mais no caso dos autos, em que não apresentada dúvida razoável do alegado. 3. ORDEM DENEGADA. (TJ-DF 20170020135442 DF 0014456-90.2017.8.07.0000, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 20/07/2017, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/07/2017 . Pág.: 143/150) APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRELIMINAR – PEDIDO DE NULIDADE DA SENTENÇA ANTE O INDEFERIMENTO DE EXAME TOXICOLÓGICO E INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL – INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA HIGIDEZ MENTAL DO ACUSADO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – REJEITADA – (...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A alegação de dependência química de substâncias entorpecentes do acusado não implica obrigatoriedade na realização do exame toxicológico, ficando a análise de sua necessidade dentro do âmbito de discricionariedade motivada do magistrado. Assim, se o magistrado indeferiu a realização do exame toxicológico e do incidente a insanidade mental, ao argumento de ausência de provas a indicar um quadro de fundada suspeita de inimputabilidade do acusado pelo uso de drogas, não

há falar em cerceamento de defesa e, por consequência, em nulidade da sentença. Preliminar rejeitada. (TJ-MS – APR: 00012663620208120026 MS 0001266-36.2020.8.12.0026, Relator: Des. Jonas Hass Silva Júnior, Data de Julgamento: 26/02/2021, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/03/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. roubo majorado (art. 157, § 2º, INC. II, e § 2º-a, inc. i, na forma do art. 71, caput, todos do cp) e desobediência (art. 330 do cp). alegação de nulidade da sentença diante da não instauração de incidente de insanidade mental – inocorrência – inexistência de requerimento da defesa na origem – AUSÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA HIGIDEZ MENTAL DO ACUSADO no momento dos fatos. sentença mantida. recurso conhecido e improvido. (TJ-PR – APL: 00024262620218160196 Campo Largo 0002426-26.2021.8.16.0196 (Acórdão), Relator: Antonio Carlos Choma, Data de Julgamento: 31/05/2022, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/06/2022) Não há, dessa forma, nulidade a ser declarada. 3. MÉRITO. Segundo a inicial acusatória, no dia 23 de novembro de 2022, no interior do Conjunto Penal de Juazeiro/BA, o Apelante foi preso em flagrante delito, por guardar/ter em depósito substância entorpecente do tipo maconha, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Narram os autos que, no dia dos fatos, foi realizada uma revista na cela onde o acusado se encontrava custodiado, quando, em cima de uma cama, em um buraco, foi encontrada a expressiva quantidade de 600 (seiscentas) trouxinhas de maconha, ocasião em que o acionado assumiu a propriedade da droga. Feito o apertado resumo dos fatos, inicia-se agora a análise das razões recursais. 3.1. DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E DA DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PARA A CONDUTA DE GUARDAR/TER EM DEPÓSITO DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. A Defesa do acusado alega que não foram produzidas provas suficientes para sustentar a condenação do acusado. Aduziu ainda que não foi demonstrada a prática do comércio de drogas, tampouco houve flagrante da venda ilícita, sendo que a versão de uso, apresentada pelo Apelante, deveria ser reconhecida, caso o pleito de absolvição seja rechaçado. Antes de compulsar o acervo probatório, calha trazer o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, cuja redação afirma que: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (Grifei) Logo, para que a conduta do Réu seja considerada tráfico, basta que se encaixe em um dos 18 verbos mencionados no caput do art. 33 da retrocitada Lei e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Ao contrário do argumentado pela Defesa, conclui-se ser irrelevante que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ – AgRg no HC 618667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, T5, j. 24/11/2020). Compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que o decisio impugnado encontra respaldo no arcabouço probatório colacionado, mostrando-se, portanto, harmônico com o ordenamento pátrio. Em relação à materialidade delitiva, encontra-se

fartamente positivada no Auto de Exibição e Apreensão e Laudos de Exames Periciais, por meio dos quais foi constatado o resultado positivo para Tetrahydrocannabinol (maconha), substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, inserida na Lista F2 da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde (fls. 06, 08 e 38 – id. 29772499). No que toca à autoria atribuída ao Apelante, as provas contidas nos autos demonstram que ele, de fato, praticou o delito de tráfico de drogas. In casu, as testemunhas responsáveis pela diligência que culminou na prisão em flagrante do Recorrente ratificaram, em juízo, de maneira harmônica e coerente, os depoimentos prestados em sede Policial, narrando o modus operandi da prisão e tornando inequívoca a prática delitiva por parte do sentenciado. Saliente-se que, embora os depoimentos tenham sido prestados por agentes de segurança, estes, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). 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, consoante orientação sedimentada pelo STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso). Durante a instrução processual, o Agente Penitenciário JOSUILSON DA SILVA FERREIRA declarou, nos termos apresentados na sentença, o seguinte (PJe mídias): “... no dia e hora marcado, entramos para fazer revista, vínhamos fazendo cela por cela, colega avisou a Francisco que tinha encontrado buraco com esse material dentro, pedi pra que cela 20 ficasse, perguntei pertence a alguns dos senhores, o interno Clebson Messias se acusou, inicialmente quem encontrou foi Francisco e outro colaborador de nome Judimar, estavam embaladas em sacolinhas plásticas, do que a gente ouve falar era pra comércio sim, hoje estamos com mil internos, é impossível conhecer todos, mas alguns sim, não conheço o interno com apelido de mineiro, recordo que Clebson confirmou que droga era dele, não sei quantos presos tinha, de 08 ou 09 internos,... ” (id. 29772804) O Agente Penitenciário RICARDO VINÍCIUS DA SILVA BARBOSA afirmou, conforme colacionado na sentença (PJe mídias): “... essa é uma revista organizada pela CEAPE, feito com participação de prepostos da polícia militar, programamos essa revista desde 5 e meia da manhã, retirada de todos os internos, passado por revistas, policiais militares que fazem, depois dessa retirada agentes entram, eu estava na parte de coordenação, a gente roda todo o pavilhão, nesse momento, por monitores foi localizado essa quantidade aí, papelotes, bem acondicionados, na parede, fui para registrar o fato, foi recolhido o material, fiz a contagem na frente do pessoal da Polícia Militar, até aí não sabíamos de quem era, separados todos os internos da cela 20 e fizemos questionamento, interno que está aí acompanhando se acusou, no meio de todos os internos da cela 20, é um interno que não dá trabalho a segurança, foi uma surpresa, quantidade é indicativo de comércio, é uma revista onde todos os internos são retirados do pavilhão, não conheço

todos, mas boa parte tenho conhecimento, não conheço Mineiro, teve que quebrar para fazer recolhimento dessa droga, cama onde eles dormem, não sei informar se era a cama onde dormia o clebson ..." (id. 29772804) Já o Apelante, tanto na fase policial quanto no interrogatório judicial, confessou os fatos que lhe foram imputados. Nesse diapasão, percebe-se que os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo descreveram, de maneira clara e coerente, a abordagem que culminou com a prisão em flagrante do Apelante, em poder de cerca de 600 (seiscentas) trouxinhas de maconha. Tais testemunhas declararam ainda que, no dia dos fatos, o acusado afirmou ser o dono do material entorpecente, o que foi corroborado por meio da confissão operada na delegacia de polícia e perante a autoridade judiciária. Considerando-se a quantidade da droga apreendida (aproximadamente 386,90g de maconha – id. 29772499 – fl. 08) e a forma como se encontrava acondicionada, constata-se a prática da conduta prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, afastando-se, por consequência, o pedido de desclassificação para a conduta inserida no art. 28, da Lei de Drogas.

3.2. DO PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. A sentença justificou o afastamento da causa especial de diminuição ao considerar a ausência do requisito dos bons antecedentes e não dedicação à atividades criminosas, uma vez que o acusado ostenta ficha criminal. Para tanto, utilizou a seguinte fundamentação: Seguindo essa premissa, verifico dos documentos ID 195020610 que Clebson tem extensa ficha criminal no Estado da Bahia, sendo inviável a reclassificação. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006", quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, como, no caso em apreço, no qual há registro de outra ação também pelo crime de tráfico de drogas em desfavor do acusado. (HC 364.765/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). Com efeito, "O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa" (AgInt no REsp 1596478/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016). Ao compulsar os processos referidos na certidão acostada aos ids. 29772802 e 29772803, observa-se que inexistente trânsito em julgado nas ações penais ali indicadas, circunstância que não pode ser valorada, por si só, para negar a incidência da redutora, devendo-se salientar que a guia de recolhimento definitiva acostada no id. 29772801 refere-se ao irmão do réu, cujo prenome é Cleiton. A jurisprudência dos Tribunais Superiores passaram a não mais admitir a utilização de Inquéritos Policiais ou Ações penais em curso para negar a aplicação da causa especial de diminuição em comento.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO DE

INOCÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. (...) 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. (...) (STF – RHC 205080 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, T1, j. 04/10/2021 e p. 07/10/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. TRÁFICO. MINORANTE. NEGATIVA. QUANTIDADE DE DROGAS. BIS IN IDEM. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE LÍCITA. (...) 2. A Sexta Turma passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado por ambas as Turmas, de que "inquêritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade" (AgRg no AREsp 1867011/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 30/09/2021). (STJ – AgRg no AREsp: 1974672 SC 2021/0305517-9, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2022) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. Dessa forma, a Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020) (HC 6644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021). (...) (STJ – AgRg no HC 745903/MG, Rel. Min. Reynaldo Fonseca, T5, j. 21/06/2022 e p. 27/06/2022) Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, assentou a tese de que "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06" (Tema 1.139). Dessa forma, verificado o preenchimento dos demais requisitos do tráfico privilegiado – primariedade e não integrar organização criminosa – tem-se que a causa especial deve ser reconhecida ao Apelante. 4. DOSIMETRIA Embora a Defesa não tenha impugnado os demais tópicos relativos a aplicação da pena, passa-se, de ofício, ao exame pormenorizado da situação em apreço, levando-se em consideração o modelo trifásico de atribuição da penalidade. 1a Fase Compulsando os autos, verifica-se que o juízo a quo fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, uma vez que valorou negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, pois "excede à normal do tipo penal, em especial pelo fomento ao narcotráfico em ambiente correicional." Justificado o incremento da pena-base, não há, portanto, retoque a ser feito na primeira fase da dosimetria. 2a Fase 0 MM. Juiz de Direito reconheceu, de maneira escorreita, a confissão espontânea e fixou a pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão. 3a Fase: Não foram identificadas causas de aumento ou diminuição. Contudo, por força do

reconhecimento da benesse prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, nesta instância recursal, e considerando-se a quantidade e natureza da droga apreendida (aproximadamente 386,90g de maconha), aplica-se a redutora à razão de 1/2. Assim, a pena final deverá ser estabelecida em 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Do regime Levando-se em conta a quantidade da pena aplicada – 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão –, bem como a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade, o regime semiaberto se mostra como o mais adequado ao presente caso, em conformidade com o que determina o art. 33, § 2º, b e § 3º, do CP. Da pena de Multa Considerando-se que o cálculo da pena de multa deverá seguir as regras do sistema trifásico e guardar proporcionalidade com a sanção corpórea, impõe-se ao Apelante o dever de pagar 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO o recurso de Apelação e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, reduzindo a pena definitiva do Apelante para 2 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime semiaberto, associada ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Salvador/BA, 17 de agosto de 2022. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora