

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004398-76.2022.8.05.0191 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOAN FERREIRA DA SILVA Advogado (s): UEDJA TELMA DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DE AGENTES PENITENCIÁRIOS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE. VALOR PROBANTE. PRECEDENTES DO STJ. ERRO DE TIPO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. POSSIBILIDADE DE DESCONFIAR DA ILICITUDE DO ATO. FLAGRANTE FORJADO. NÃO CONFIGURADO. ACUSADO QUE ASSUME TRANSPORTE DAS SUBSTÂNCIAS. REFORMA DA DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE CRIMINOSA HABITUAL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O NOVO REGIME INICIAL FIXADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 900 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de tráfico de drogas, com a incidência das causas de aumento descritas no art. 40, incisos II e III, da Lei nº 11.343/2006, uma vez que, em 25/07/2022, prevalecendo-se de função pública, porquanto motorista de empresa terceirizada que prestava serviço à unidade do sistema prisional, foi flagrado enquanto transportava para o interior do presídio 3 tabletes de cocaína (135,01g), além de produtos alimentícios e bebida alcoólica. 2. A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelo auto de exibição e apreensão, laudo de constatação prévia e laudo de exame pericial definitivo. A autoria, por sua vez, ficou demonstrada a partir da prova oral produzida em juízo, portanto, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, notadamente os depoimentos dos agentes penitenciários que atuaram para a prisão em flagrante do acusado, arrolados como testemunhas pela acusação, aos quais a jurisprudência de nossas cortes judiciais superiores empresta elevado valor probante. Precedentes do STJ. 3. Não é possível dar guarida à tese defensiva de erro de tipo, que apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, na existência de prova irrefutável da ausência de consciência de ilicitude da conduta. Na presente hipótese, as alegações do acusado no sentido de que desconhecia a existência da droga não tem suporte nas demais provas dos autos. Se o acusado deixou de averiguar o conteúdo do material transportado, como sustenta, no mínimo assumiu o risco de estar transportando alguma substância ilícita, caracterizando o dolo eventual. 4. O que aqui se apura atrai, no máximo, a chamada teoria da cegueira deliberada, construção jurisprudencial originária do direito anglo-saxônico, que prega a possibilidade de punição do indivíduo que deliberadamente se mantém em estado de ignorância em relação à natureza ilícita de seus atos. Segundo tal teoria, o sujeito finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar determinada vantagem. O fato de manter contato com um detento do estabelecimento prisional em que prestava serviços, por meio de mensagens trocadas por aplicativo de celular, ciente da ilegalidade da posse de tal objeto por internos, e decidir entregar sacolas com itens diversos e lhe repassadas no dia anterior, evidencia que o Apelante tinha plenas possibilidades de desconfiar da ilicitude do ato. 5. Tampouco merece prosperar a tese de absolvição sob argumento de que o flagrante foi forjado. Não há provas de que os agentes penitenciários criaram a conduta praticada pelo acusado,

tomando providências para apurar a prática delitiva diante da informação de que estaria incidindo o agente na conduta ilícita. O próprio Apelante confessou, em seu interrogatório, que transportava as sacolas, apenas arguindo que não tinha conhecimento de que nelas havia substância ilícita. 6. No que diz respeito à dosimetria, ao apresentar a natureza deletéria do entorpecente apreendido como único argumento a justificar a exasperação da reprimenda basilar, o Magistrado sentenciante incide em equívoco, pois tal circunstância, por si só, não extrapola o tipo penal. Todavia, no caso concreto, quando associada à quantidade da substância apreendida (135,01g de cocaína), tem-se por devidamente justificado o incremento da pena-base. 7. Ressalte-se ainda que, nos termos da jurisprudência do STJ, “[o] efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção ou redução da pena ou do regime inicial; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada” (AgRg nos Edcl no REsp nº 2.006.198 – MG, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2023, DJe 30/03/2023). 8. Na segunda fase da dosimetria, entendo que assiste razão à defesa, estando realmente caracterizada a atenuante genérica da confissão, pois, em seu interrogatório judicial, o acusado confirmou o transporte das sacolas, com o fim de entregar a um dos detentos do estabelecimento prisional, alegando, contudo, que não sabia que ali continha substância entorpecente, na tentativa de caracterizar o erro de tipo. 9. Destaque-se que “[a] jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite mesmo quando o autor confessa a autoria do delito, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade – a chamada confissão qualificada –, deve incidir a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal”, de modo que “tendo o acusado confessado o crime, mostra-se irrelevante ter agregado ao fato criminoso a tese do erro de tipo, sendo, portanto, devido o reconhecimento da referida atenuante” (AgRg no REsp nº 1.408.248 – SC, Relator Ministro Jorge Mussi, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018). 10. Ademais, ao compulsar os elementos de prova dos autos, notadamente o relatório de investigação supracitado, o que se percebe é que não se deixou evidenciado o ajuste prévio do Apelante, no intuito de formar um vínculo associativo para a prática de múltiplos crimes, mas sim de uma ação específica. Logo, na falta de qualquer outro elemento concreto trazido nos autos que ampare a indicação de dedicação do Apelante a atividades criminosas, tal situação deve ser interpretada em seu favor, sendo medida de justiça a aplicação da causa especial de diminuição pelo tráfico privilegiado. 11. Recurso conhecido e parcialmente provido, a fim de redimensionar a pena imposta ao Apelante, fixando-a definitivamente em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 250 dias-multa, no valor unitário mínimo, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, estabelecidas pelo Juízo da Execução. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 8004398-76.2022.8.05.0191, de Paulo Afonso – BA, nos quais figuram como Apelante JOAN FERREIRA DA SILVA e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, pelas razões alinhadas no voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004398-76.2022.8.05.0191 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOAN FERREIRA DA SILVA Advogado (s): UEDJA TELMA DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por JOAN FERREIRA DA SILVA contra sentença de id 41597025, pela qual foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 900 (novecentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas), com a incidência das causas de aumento descritas no art. 40, incisos II e III, do mesmo diploma legal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Nas razões recursais de id 41597031, o Apelante pugnou, primeiramente, por sua absolvição, quer seja pelo reconhecimento da ocorrência de flagrante forjado, impedindo a configuração de um fato típico, quer seja pela ocorrência do erro de tipo invencível, uma vez que desconhecia a existência de substâncias ilícitas dentro das sacolas que transportava para o interior do estabelecimento prisional. Em caráter subsidiário, rogou pela reforma da dosimetria, a fim de que se faça incidir a atenuante da confissão espontânea, bem como a causa de diminuição do tráfico privilegiado, com fixação de regime inicial menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, requerendo, por fim, o afastamento da custódia cautelar, com aplicação de medidas diversas, para que possa continuar provendo o sustento familiar. As respectivas contrarrazões foram apresentadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA no id 41597062. Remetidos os autos a este Tribunal, foram eles distribuídos por prevenção (autos nº 8033259-63.2022.8.05.0000), cabendo-me a Relatoria, conforme certidão de id 41691588. Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça, por intermédio do parecer de id 42883430, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo. Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que restou submetido ao crivo da revisão. É o que importa relatar. Salvador/BA, 2 de maio de 2023. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004398-76.2022.8.05.0191 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOAN FERREIRA DA SILVA Advogado (s): UEDJA TELMA DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do recurso interposto, uma vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade da espécie. DA CONDUTA IMPUTADA AO RECORRENTE De acordo com os autos, em 25/07/2022, aproximadamente 09h00min, JOAN FERREIRA DA SILVA, prevalecendo-se de função pública, foi flagrado enquanto transportava para o interior de unidade do sistema prisional, 3 (três) tabletes de cocaína, com peso total de 135,01g (cento e trinta e cinco gramas e um centígrama), além de produtos alimentícios e bebida alcoólica. A denúncia narra a situação nos seguintes termos: [...] o Grupo de Operações Especiais Prisionais – GEOP, foi convocado para realizar revistas em veículos que adentrassem no Complexo Prisional, vez que havia uma denúncia informando a entrada de objetos não permitidos no estabelecimento prisional, como carnes, bebidas e substâncias ilícitas. Durante o procedimento, foram abordados diversos veículos, dentre eles um automóvel modelo FIAT/STRADA, de placa JRF 3719, conduzido pelo denunciado. No momento da abordagem, foram encontrados no

veículo 03 (três) tabletes de substância similar a cocaína, totalizando 135,01 g (centro e trinta e cinco gramas e uma centígrama), dentro de uma peça de carne seca de bode, além de produtos alimentícios e bebida alcoólica. Ressalte-se que o acusado exercia, há aproximadamente 2 (dois) meses, a função de motorista da empresa Positivo, que presta serviços para o presídio, realizando a escolta dos presos e viagens, inclusive para viabilizar a participação dos detentos em audiências. DO MÉRITO A) Do pleito de absolvição Conforme relatado, no mérito recursal, o Apelante pugnou por sua absolvição, argumentando, para tanto, que a situação apurada envolve prática de flagrante forjado ou, superada tal alegação, que se reconheça a caracterização do erro de tipo, porquanto não tinha conhecimento de que transportava substâncias ilícitas para o interior da unidade prisional. Entendo, contudo, que não lhe assiste razão. Cumpre inicialmente destacar que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelo auto de exibição e apreensão (id 41596355, fl. 8), laudo de constatação prévia (id 41596355, fl. 14) e laudo de exame pericial definitivo (id 41596825). Este último assevera ser a substância apreendida aquela vulgarmente conhecida como cocaína, cujo uso é proscrito no Brasil, conforme Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. A autoria, por sua vez, ficou demonstrada a partir da prova oral produzida em juízo, portanto, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, notadamente os depoimentos dos agentes penitenciários que atuaram para a prisão em flagrante do acusado, arrolados como testemunhas pela acusação. Nesse sentido, o agente penitenciário ELTON DE JESUS, quando de suas declarações em juízo, consoante gravação disponível no sistema PJe Mídias, informou que, na condição de encarregado pelo Grupo Especial de Escoltas Prisionais, estava na base quando recebeu uma denúncia anônima, relatando que um veículo prata ingressaria no estabelecimento prisional com material ilícito. Então, convocou alguns colegas de trabalho para que, junto com ele, fossem até a portaria realizar as devidas abordagens. Ainda segundo a referida testemunha, o primeiro veículo a ser abordado foi justamente o que era dirigido pelo acusado JOAN FERREIRA DA SILVA. “Pedimos a ele que descesse do veículo, porque a partir daquele momento ia ter um procedimento com todos os veículos que entrassem na unidade, em virtude de uma denúncia. Ele desceu. Tinha um material no banco traseiro do carro dele. Então, ele foi arguido, perguntado do que se tratava. Ele disse que era um material que ele ia levar para a esposa, que faz parte de uma ONG” (ELTON DE JESUS, agente penitenciário, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Contudo, [...] o material é um material que destoa de alguém que vai fornecer algo para uma ONG, porque tinha seis litros de cachaça. Se eu não me engano, tinha seis litros de uísque. Tinha vários potes de manteiga, ketchup, maionese, café, açúcar e uma manta, vamos assim dizer, de carne de sol. E, quando o agente Márcio abriu essa manta, tinha três invólucros de substância análoga à cocaína, já que era de cor esbranquiçada. (ELTON DE JESUS, agente penitenciário, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). As declarações prestadas pelo agente penitenciário ELTON DE JESUS são corroboradas por aquelas trazidas aos autos por seu colega de trabalho, o também agente penitenciário MARCIO ANDRÉ FREIRE SALES, igualmente ouvido em juízo, consoante gravação disponível no sistema PJe Mídias, senão vejamos: [...] eu tava de serviço e fui comunicado pelo meu superior que a gente tinha que ter uma diligência na portaria e eu fui, desloquei-me até lá. Ao chegar lá, eu encontrei já o carro dele e ele fora

do carro, sendo abordado. Foi encontrado vários produtos alimentícios, gênero alimentício, e uma quantidade de droga, possivelmente cocaína [...] e algumas garrafas de bebida alcoólica também, em garrafa pet. Garrafa pet de 2 litros. A droga estava enrolada numa manta de bode, de carne de bode, carne seca de bode. Ela tava enrolado e eu ao tá revistando esse material, ao desenrolar essa manta de bode seco, aí tava dentro dessa manta de bode. (MARCIO ANDRÉ FREIRE SALES, agente penitenciário, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Vale anotar que a jurisprudência do STJ é “pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a ‘priori’, das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade” (AgRg no HABEAS CORPUS nº 790.497 – SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2023, DJe 13/02/2023). Também é importante destacar que o relatório de investigação de id 41596827, confeccionado a partir da extração de dados contidos no aparelho celular de JOAN FERREIRA DA SILVA, com a devida autorização do Juízo a quo, aponta que este manteve contato com um dos internos do estabelecimento prisional, identificado como JACK DOUGLAS, que inclusive já havia feito transferência bancária, via PIX, para o acusado. Na decisão combatida, o Magistrado sentenciante ainda chama atenção para o fato de que “o acusado comunica-se com Jack Douglas com bastante intimidade, inclusive, chamando-o de amigo. Ato contínuo, na véspera da prisão em flagrante, o acusado avisa ao seu interlocutor, posteriormente identificado como o interno Jack Douglas, que ‘faria a missão lá’”. O acusado, por sua vez, durante seu interrogatório judicial, consoante gravação disponível no sistema PJe Mídias, não consegue explicar o porquê de não ter comunicado à administração do presídio que um de seus internos possuía acesso à aparelho telefônico, circunstância cuja vedação é de conhecimento do homem médio, quiçá de alguém que integrava o staff do sistema prisional. A versão que apresentou em seu interrogatório gira, basicamente, em dizer que não conhecia o conteúdo do material que transportava a pedido de uma senhora identificada como Carmelita, genitora do interno Jack Douglas, sendo o seu principal erro não conferir as sacolas repassadas previamente. Veja-se: [...] quando eu cheguei aqui no presídio, eu fui revistado. Mas, no dia anterior, eu tinha passado na casa de Dona Carmelita. Aí ela pediu para eu fazer esse favor e trazer os produtos de limpeza. Aí eu não revistei, não. Não tinha olhado o que tinha dentro. Só olhei por cima, né? [...] No momento lá, a senhora me falou que era água sanitária e pinho sol, sabão em pó e bolacha, leite. Foi o que ela me falou [...] Porque assim, a mãe dele, de vez em quando ajuda a minha esposa. A gente tinha uma afinidade, que ela ajudava a minha esposa na ONG. Aí ela me pediu para eu trazer e aí eu fui e trouxe. [...] Eu sabia que ia ser revistado, eu não sabia se era bebida, que tinha droga, o meu erro foi esse. O pior erro meu foi esse de não revistar e confiar nas pessoas. (JOAN FERREIRA DA SILVA, acusado, interrogatório judicial, gravação disponível no sistema PJe Mídias). É sabido que o interrogatório é protegido pelo direito fundamental expresso na cláusula nemo tenetur se detegere – princípio contra a autoincriminação, que é manifestação da ampla defesa, do direito de permanecer calado e, ainda, da presunção de inocência, destacados no art. 5º, incisos LV, LXIII e LVII, da Constituição Federal. A versão apresentada pelo acusado, contudo, é completamente dissociada dos demais elementos de prova trazidos aos autos, não sendo possível dar guarida à tese defensiva de erro de tipo, que apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, na existência de prova

irrefutável da ausência de consciência de ilicitude da conduta. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Curso de Direito Penal – Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 518), “[o] erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo)”, sendo o erro de tipo aquele “que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes. O engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposos.” Repito: na presente hipótese, todavia, as alegações do acusado no sentido de que desconhecia a existência da droga não tem suporte nas demais provas dos autos. Se o acusado deixou de averiguar o conteúdo do material transportado, como sustenta, no mínimo assumiu o risco de estar transportando alguma substância ilícita, caracterizando o dolo eventual. O que aqui se apura atrai, no máximo, a chamada teoria da cegueira deliberada, construção jurisprudencial originária do direito anglo-saxônico, que prega a possibilidade de punição do indivíduo que deliberadamente se mantém em estado de ignorância em relação à natureza ilícita de seus atos. Segundo tal teoria, o sujeito finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar determinada vantagem. Para a aplicação da teoria da cegueira deliberada, tem-se exigido, em regra, a comunhão de três fatores: a um, que o acusado tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; a dois, que tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento; e a três, que tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua ação, escolhendo, deliberadamente, permanecer ignorante a respeito de todas as circunstâncias que cercam o caso. Na hipótese, o fato de JOAN FERREIRA DA SILVA manter contato com um detento do estabelecimento prisional em que prestava serviços, por meio de mensagens trocadas por aplicativo de celular, ciente da ilegalidade da posse de tal objeto por internos, e decidir entregar sacolas com itens diversos e lhe repassadas no dia anterior, evidencia que o Apelante tinha plenas possibilidades de desconfiar da ilicitude do ato. Tampouco merece prosperar a tese de absolvição sob argumento de que o flagrante foi forjado. A rigor do que prescreve o art. 302 do CPP, considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. No flagrante forjado, a conduta do agente é criada por terceiros, tratando-se de fato atípico. Segundo Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 608), “trata-se de um flagrante totalmente artificial, pois integralmente composto por terceiros”, configurando situação de “fato atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer trecho da infração penal”. Não houve, aqui, flagrante forjado, como tenta fazer crer a defesa. Não há provas de que os agentes penitenciários criaram a conduta praticada por JOAN FERREIRA DA SILVA, tomando providências para apurar a prática delitiva diante da informação de que estaria incidindo o agente na conduta ilícita. O próprio Apelante confessou, em seu interrogatório, que transportava as sacolas, apenas arguindo que não tinha conhecimento de que nelas havia substância ilícita. Assim, corroborando os termos do Parecer Ministerial, entendo que “o pleito absolutório merece ser afastado,

devendo, portanto, ser mantida a condenação pelos crimes do art. 33, caput, e art. 40, incisos II e III, ambos da Lei nº 11.343/06.” B) Da reforma da dosimetria Na sequência, passo a analisar o pleito subsidiário de reforma da dosimetria, trazido no apelo para que se faça incidir a atenuante da confissão espontânea, bem como a causa especial de diminuição pelo tráfico privilegiado, com as devidas repercussões na fixação do regime inicial de cumprimento de pena e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Como se sabe, o julgador deve, ao realizar a individualização da pena, avaliar com acuidade os elementos relacionados ao fato, visando aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda necessária à reprovação do crime praticado. E, ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve declinar motivadamente suas razões, sob pena de ferir o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Na hipótese, o Juízo sentenciante fixou a pena-base do acusado em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, lançando, para tanto, o seguinte argumento: Seguindo o critério dos artigos 42 da Lei nº 11.343/06 e 59, do Código Penal, considerando que a reprovabilidade social da conduta não extravasa o ordinário; o acusado não ostenta Maus antecedentes visto que não possui condenação criminal transitada em julgado; não há maiores elementos nos autos para aferir a personalidade e a conduta social do acusado; as circunstâncias são superiores à espécie, visto que o entorpecente apreendido era “cocaína”, um dos mais perversos disponíveis no mundo do crime; as consequências não exacerbam o tipo, portanto, fixo a pena base por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em 06 (seis) anos de reclusão, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, fixado o valor unitário do dia multa em um trigésimo do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Ao apresentar a natureza deletéria do entorpecente apreendido como único argumento a justificar a exasperação da reprimenda basilar, o Magistrado sentenciante incide em equívoco, pois tal circunstância, por si só, não extrapola o tipo penal. Todavia, no caso concreto, quando associada à quantidade da substância apreendida, vale dizer, 135,01g (centro e trinta e cinco gramas e uma centígrama) de cocaína, tem-se por devidamente justificado o incremento da pena-base. Apenas a título ilustrativo, tal fundamento já foi considerado idôneo em julgado do STJ, em caso de apreensão de quantidade menor do que a verificada na presente hipótese. Veja-se: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PREJUDICADO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO CONCOMITANTE POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] IV – O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. V – In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram suficientemente o acréscimo da ordem de 1/6 (um sexto, patamar mínimo legal), de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, em razão da quantidade dos entorpecentes apreendidos, vale dizer, 61,4g de cocaína, droga especialmente deletéria. Trata-se de condição preponderante em relação ao

próprio art. 59 do Código Penal, não sendo verificada, na espécie, desproporção no aumento da pena-base no patamar prudencial, uma vez que há motivação particularizada, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. [...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no HABEAS CORPUS nº 774.006 – SP, Relator Ministro Messod Azulay Neto, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2023, DJe 20/04/2023). Ressalte-se ainda que, nos termos da jurisprudência do STJ, “[o] efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção ou redução da pena ou do regime inicial; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada” (AgRg nos Edcl no REsp nº 2.006.198 – MG, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2023, DJe 30/03/2023). Assim, deve a pena-base imposta ao acusado ser mantida em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Na segunda fase da dosimetria, entendo que assiste razão à defesa, estando realmente caracterizada a atenuante genérica da confissão, pois, como já assinalado, em seu interrogatório judicial, JOAN FERREIRA DA SILVA confirmou o transporte das sacolas, com o fim de entregar a um dos detentos do estabelecimento prisional, alegando, contudo, que não sabia que ali continha substância entorpecente, na tentativa de caracterizar o erro de tipo. Destaque-se que “[a] jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite mesmo quando o autor confessa a autoria do delito, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade – a chamada confissão qualificada –, deve incidir a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal”, de modo que “tendo o acusado confessado o crime, mostra-se irrelevante ter agregado ao fato criminoso a tese do erro de tipo, sendo, portanto, devido o reconhecimento da referida atenuante” (AgRg no REsp nº 1.408.248 – SC, Relator Ministro Jorge Mussi, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018). Ainda sobre confissão qualificada, seguem julgados mais recentes do STJ: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL OU QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça assentou a orientação de que mesmo a confissão qualificada permite a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 2.101.541 – GO, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2023, DJe 23/03/2023). PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consoante o recente entendimento da Quinta Turma deste STJ, a confissão – mesmo que seja parcial, qualificada ou que o juiz não a tenha utilizado na motivação da sentença como um dos elementos para condenar o réu – sempre confere o direito à atenuação da pena na segunda fase da dosimetria. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº 2.035.237 – MG, Relator Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2023, DJe 24/03/2023). Assim, reconhecida a incidência da circunstância atenuante da confissão, aplicando-a na fração usual de 1/6, deve a pena intermediária do acusado retornar ao patamar mínimo, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Já na terceira fase da dosimetria, agiu corretamente o Magistrado sentenciante ao aplicar as causas de aumento previstas no art. 40, incisos II e III, da Lei nº 11.343/2006, aumentando



a pena no patamar de  $\frac{1}{2}$  (metade), uma vez que o agente se prevaleceu de função pública, porquanto na condição de motorista terceirizado, para fins de direito penal, enquadra-se como funcionário público, tendo ainda a infração sido cometida nas dependências de estabelecimento prisional, devendo a pena imposta ao acusado alcançar o patamar de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multas, no valor unitário mínimo. Registre-se que a fração escolhida se mostrou devidamente fundamentada sob o argumento de que “uma pessoa no exercício de função pública tinha por objetivo ingressar com cocaína num conjunto penal com mais de quinhentos internos, o que, sabidamente, tem um grande potencial para a prática de outros vários crimes naquela unidade prisional.” Por fim, entendo que também assiste razão ao Apelante quando pugna pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. O comando sentencial utiliza dados do relatório de investigação produzido pela Polícia Civil, argumentando que tal documento “demonstra a dedicação do acusado ao tráfico de drogas, notadamente, associando-se a interno do Conjunto Penal de Paulo Afonso para o ingresso de drogas naquela Unidade Prisional”. Assim, segue aduzindo que “[a]s comunicações trocadas entre acusado e o interno Jack Douglas demonstram proximidade e mesmo intimidade entre eles com o fim único da prática dos crimes de tráfico de drogas, o que, absolutamente, afasta o espírito de aplicação da causa de diminuição de pena do chamado tráfico privilegiado.” De acordo com a redação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos delitos definidos no caput e no § 1º do referido dispositivo, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” No entanto, ao compulsar os elementos de prova dos autos, notadamente o relatório de investigação supracitado, o que se percebe é que não se deixou evidenciado o ajuste prévio do Apelante, no intuito de formar um vínculo associativo para a prática de múltiplos crimes, mas sim de uma ação específica, senão vejamos: A própria conclusão contida no relatório é que “as interlocuções entre as partes, remetem a UMA troca de favores, com transferência em pecúnia, por meio de pix, demonstrando intimidade e tratativas acerca de UMA “MISSÃO” a ser realizada em 25/07/2022, no período da manhã” (grifos meus). Logo, na falta de qualquer outro elemento concreto trazido nos autos que ampare a indicação de dedicação do Apelante a atividades criminosas, tal situação deve ser interpretada em seu favor. Assim, faço incidir a causa de diminuição em sua fração máxima (2/3), ficando a pena do acusado definitivamente arbitrada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. Inexistindo circunstâncias que validem a imposição do regime mais gravoso, considero cabível a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, em face da pena dosada neste acórdão, seguindo os ditames do art. 33, § 2º, alínea c, do CP. Ademais, em relação ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se cumpridos os requisitos do art. 44 do CP: a pena privativa de liberdade cominado in concreto neste acórdão não ultrapassa 4 (quatro) anos; o condenado não apresenta ações penais condenatórias com trânsito em julgado; e não constam fatos processuais que desabonem a conduta do réu, a ponto de impedir o acesso a tal benefício. Portanto, é legítima a pretensão defensiva. Desse modo, substitui-se as reprimendas corporais por duas restritivas de direitos, que devem ser fixadas pelo Juízo da Execução. C) Da concessão do direito de recorrer em liberdade Quanto ao

pleito referente ao direito de recorrer em liberdade, deve ser também acolhido, haja vista que a manutenção da prisão preventiva do Apelante se mostra incompatível com o presente redimensionamento da pena definitiva e sua consequente substituição por restritivas de direitos, impondo-se, portanto, a expedição imediata do competente alvará de soltura. DA CONCLUSÃO Firme em tais considerações, voto para CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, a fim de redimensionar a pena imposta ao Apelante, fixando-a definitivamente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, estabelecidas pelo Juízo da Execução. Fica determinada, ainda, a expedição de alvará de soltura, no BNMP, salvo se o Apelante estiver preso por outro motivo ou se restar constatada, após consulta ao Sistema de Informação Criminal do respectivo Tribunal e ao Sistema Nacional, a existência de mandado de prisão expedido em seu desfavor. Comunique-se, imediatamente, ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Paulo Afonso, onde tramita os autos de Execução nº 2000016-11.2023.8.05.0191. Salvador/BA, 19 de maio de 2023. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A05-EC