

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501192-36.2015.8.05.0141 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: VALDINEI JOSÉ DOS SANTOS Advogado (s): 02 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR ILICITUDE DE PROVAS. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDA CIVIL. RECURSO DO MINISTERIAL COM PLEITO CONDENATÓRIO. CABIMENTO. CRIME PERMANENTE. ART. 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DA PRISÃO EFETUADA POR GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS MAUS ANTECEDENTES. RÉU QUE POSSUI CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO DO DELITO EM SEDE POLICIAL. APLICAÇÃO DA RESPECTIVA ATENUANTE. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0501192-36.2015.8.05.0141, em que figura como apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, e apelado VALDINEI JOSÉ DOS SANTOS. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER e PROVER o APELO, nos termos do voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 21 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501192-36.2015.8.05.0141 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: VALDINEI JOSÉ DOS SANTOS Advogado (s): 02 RELATÓRIO Vistos. Narra a denúncia (ID n. 29986439) que: “[...] Consta do incluso procedimento administrativo investigatório que no dia 01 de agosto de 2015, por volta de 10h, no Centro de Abastecimento Vicente Grilo, centro desta cidade, o denunciado foi preso, em flagrante delito, por ter sido surpreendido trazendo consigo substâncias entorpecentes que seriam destinadas à comercialização. Narram os autos que no da do fato, guardas municipais realizavam rondas nas imediações do Centro de Abastecimento Vicente Grilo e obtiveram a informação praticava o tráfico de drogas razão pela qual decidiram abordá-lo. Na busca pessoal, constataram que o acusado trazia consigo, numa sacola azul plástica, 31 (trinta e um) pedras de crack, embaladas individualmente, prontas para comercialização e portava ainda a quantia de R\$23,70 (vinte e três reais e setenta centavos). Ao ser interrogado, o acusado confessara que vendia cada pedra pela valor de R\$5,00 (cinco reais) e que comumente comercializava no mercado municipal. O material foi apreendido e constatou-se que se tratava, de fato, de substância entorpecente, consoante laudo preliminar de fls.19”. Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença, proferida em audiência de instrução e julgamento (mídia audiovisual – ID n. 29986498, prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA. Ademais, acrescenta-se que, finalizada a instrução processual, o Juízo a quo declarou a nulidade processual para absolver Valdinei José dos

Santos, com fulcro no art. 386, inc. II, do CPP, tendo em vista a abordagem pessoal ter sido realizada por guardas municipais, que não teriam atribuições para tanto, de modo que tornou as provas ilícitas. Inconformado com o r. decisum, o Ministério Público da Bahia interpôs recurso de apelação e razões recursais (ID n. 29986501). Na oportunidade, pugnou pela reforma da Sentença para o fim de condenar Valdinei José dos Santos como incurso no artigo 33, caput da Lei 11.343/06. Em contrarrazões, a defesa (ID n. 29986508) requereu o conhecimento e improvimento do recurso. A Procuradoria de Justiça, ID n. 31101237, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso. É o relatório. Salvador, 4 de novembro de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501192-36.2015.8.05.0141 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: VALDINEI JOSÉ DOS SANTOS Advogado (s): 02 VOTO Vistos. Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, passo ao enfrentamento das teses suscitadas pelos apelantes. I. DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS E DA AUSÊNCIA DE NULIDADE DAS PROVAS. Em análise dos autos, verifica-se que, no dia 07/02/2022, o Juízo a quo, em audiência de instrução e julgamento, prolatou sentença declarando a nulidade processual para absolver Valdinei José dos Santos, com fulcro no art. 386, inc. II, do CPP. Irresignado com tal decisum, o Ministério Público da Bahia, interpôs recurso de apelação pugnando pela reforma da R. Sentença afim de condenar Valdinei José dos Santos como incurso no artigo 33, caput da Lei 11.343/06. O apelante enfatiza que “as provas colhidas são lícitas e devem ser valoradas, vez que, no presente caso, a produção probatória foi realizada conforme as diretrizes constitucionais e legais aplicáveis à espécie”. Inicialmente, faz-se necessário destacar que o art. 33, da Lei 11.343/06, tem a finalidade de punir a traficância, prevendo um total de dezoito condutas típicas relacionadas ao comércio e a movimentação de entorpecentes. Vejamos: Art. 33. 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: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Observe-se que o dispositivo legal não exige a presença de qualquer elemento subjetivo, tal como o intuito do indivíduo de comercializar ou disponibilizar os entorpecentes a terceiros. Ademais, também não é exigível que o acusado seja flagrado na efetiva venda de substâncias ilícitas para a caracterização da traficância, posto que o delito (art. 33, da Lei 11.343/06) se consuma tão somente com a prática de qualquer uma das condutas estabelecidas no tipo. No mesmo sentido: EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO. 1. Para acolhimento da tese de desclassificação do delito, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes. 2. O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, veicula crime de ação múltipla, sendo desnecessária, para violação desse tipo penal, a efetiva comercialização, bastando a incidência em qualquer dos verbos nucleares descritos em referido dispositivo legal. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF – HC: 197215 SP 0038127-83.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data

de Julgamento: 15/03/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 09/04/2021) APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06)– RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – VALIDADE DOS DEPOSITOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENÇÃO DE RIGOR – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] V – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. [...] VIII – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-BA – APL: 05015751220168050001, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 20/03/2019) O crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Assim, o que define o tipo penal é a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes: "(...) A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. [...]" (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133.) No caso em análise, os guardas municipais Adevaldo Silva Santos e Adailton Rodrigues dos Santos, após receberem denúncia anônima informando a prática de tráfico de entorpecente pelo recorrido, e cientes de que se tratava de um ponto utilizado para o comércio de entorpecentes, dirigiram-se para o local, onde encontraram o recorrido, que trazia consigo uma sacola plástica azul, e decidiram abordá-lo. Durante a abordagem, encontraram em poder do recorrido 31 (trinta e uma) pedras de crack, embaladas individualmente, prontas para a venda, e a quantia de R\$23,70 (vinte e três reais e setenta centavos). Ab initio, é forçoso esclarecer, que a materialidade delitiva se encontra demonstrada nos autos, pelo auto de exibição e apreensão, pelo auto de constatação de substância entorpecente (ID n. 29986440) e pelo Laudo Pericial (ID n. 29986485), que atestaram a apreensão de 31 (trinta e uma) pedras da substância conhecida popularmente como "crack". Acerca da autoria, a prova testemunhal e a confissão em sede policial autorizam o édito condenatório proferido em relação ao réu. A testemunha ADEVALDO SILVA SANTOS, em sede inquisitorial, afirmou: "[...] QUE o depoente é guarda municipal, e na presente data estando de serviço a bordo da VTR/01 da Guarda Municipal em ronda nas imediações do Centro de Abastecimento Vicente Grilo, e de posse de informações que o mesmo é envolvido com crimes de trafico de drogas, ao proceder com abordagem ao mesmo foi encontrado na mão-de VALDINEL JOSE DOS SANTOS, uma sacola plástica de cor azul 31 pedras embaladas prontas para venda de substância aparentando ser crack e a quantia de R\$ 23,70 (vinte e três reais e setenta centavos): QUE o depoente deu-lhe voz de prisão em flagrante delito encaminhando junto com a droga a esta Delegacia, apresentado a autoridade policial para a lavratura do procedimento". (ID n. 29986440, fls. 04) ADAILTON RODRIGUES DOS SANTOS, complementou dizendo que:"[...] QUE o depoente é guarda municipal, e na presente data estando de serviço a bordo da VTR/01 da Guarda Municipal sob o comando do GM ADEVALDO SILVA SANTOS, em ronda nas

imediações do Centro de Abastecimento Vicente Grilo, e de posse de informações que o mesmo é envolvido com crimes de tráfico de drogas, flagraram o citado indivíduo com um pacote na contendo 31 pedras embaladas prontas pra venda de substância aparentando ser crack e a quantia de R\$ 23.70 (vinte e três reais e cinquenta centavos), QUE foi dado voz de prisão em flagrante delito, encaminhando junto com a droga a esta Delegacia, apresentado a autoridade policial para a formalização do procedimento. QUE o depoente ratifica o depoimento do condutor 1ª Testemunha.” (ID n. 29986440, fls. 06) Em que pese ausente na audiência de instrução e julgamento, inquirido pela autoridade policial, o réu assim confessou: “[...] QUE o interrogando comprou a quantia de R\$ 100,00 (cem reais) de pedras de crack, em mãos de pessoa de pré-nome JOAO, que levou a droga para o interrogando lá no CEAVING, chegando de moto fez a entrega e saiu. QUE o interrogando ia vender cada pedra por R\$ 5,00 (cinco reais) QUE o interrogando vende droga no Mercado Municipal. PERG. SE O INTERROGANDO JA FOI PRESO OU PROCESSADO POR CRIME OU CONTRAVENÇÃO? RESP, interrogando já cumpriu pena de nove meses pelo mesmo crime de trafico de drogas no Conjunto Penal local. PERG. SE O INTERROGANDO FAZ USO DE DROGAS RESP que faz uso de todo tipo de droga. QUE o interrogando vende para manter o vicio.” (ID n. 29986440, fls. 09/10) Ouvidos em juízo, as testemunhas ADAILTON RODRIGUES DOS SANTOS e ADEVALDO SILVA SANTOS assim afirmaram: “[...] estava numa sacola plástica de cor azul 31 (trinta e uma) pedras de crack embaladas já prontas para a venda e R\$ 23,70 (vinte e três reais e setenta centavos) em espécie [...]” (ADAILTON RODRIGUES DOS SANTOS, mídia audiovisual) “[...] a gente ‘tava’ fazendo ronda, aí avistamos ele no lugar de tráfico de drogas; aí a gente fez uma abordagem nele; aí foi localizada com ele uma sacolinha azul com 31 trouxinhas de crack[...]” (ADEVALDO SILVA SANTOS, mídia audiovisual) Assim, apesar da tese do acusado, as provas coligidas apontam, à saciedade, a autoria e materialidade dos crimes descritos na denúncia, não havendo que se falar em dúvida razoável. Noutro rumo, não há que se falar em nulidade da prisão efetuada pelos guardas civis. Ora, nos termos do art. 301, do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” Os elementos probatórios coligidos indicaram, como visto alhures, que os guardas municipais realizaram a abordagem após denúncia anônima e por se encontrar o réu em atitude suspeita em local conhecido pela prática da traficância. Desse modo, apesar dos integrantes da guarda municipal não desempenharem a função de policiamento ostensivo, em situações de flagrante delito, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal (vide HC 471.229/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 19/2/2019, DJe de 1º/3/2019). Assim, inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDA MUNICIPAL. ART. 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para se acolher a pretendida absolvição da Agravante, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do habeas corpus, pois o Tribunal de origem entendeu que existem provas suficientes para a sua condenação. 2. A primeira parte do art. 301 do Código de Processo Penal autoriza a qualquer do povo prender quem quer que seja encontrado em

flagrante delito. Desse modo, inexistente ilegalidade na prisão em flagrante realizada por guardas municipais. 3. Havendo fundada suspeita a configurar situação de flagrante delito, mostra-se lícita a abordagem pessoal feita pela Guarda Civil Municipal, que não atua, nessa hipótese, como polícia investigativa. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 695.254/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO RATIFICADA EM GRAU DE APELAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA PELA GUARDA MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. ART. 301 DO CPP. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão (HC 286.546/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe de 15/10/2015). 2. Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que inexistente irregularidade na prisão em flagrante promovida por guardas municipais, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, como ocorreu na hipótese dos autos. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 592722 SP 2020/0155518–8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 20/10/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2020) In casu, como delito de que trata o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se, sim, presente a situação de flagrância. Portanto, entendendo lícita a prova produzida, razão pela qual reformo a sentença prolatada (ID n. 29986498) e condeno VALDINEI JOSÉ DOS SANTOS pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da lei 11.343/2006. II. DA DOSIMETRIA DA PENA. Passo, então, à dosimetria da pena, em atenção ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB/88). Considerando o que dispõem os artigos 59, do Código Penal, e 42, da Lei nº 11.343/06, verifico que a culpabilidade do acusado é normal à espécie. Em relação aos maus antecedentes, em consulta ao SAJ– 1º grau, verifica-se que o réu possui contra si diversas ações penais, sendo que, nos Autos de n. 0301142–62.2013.8.05.0141, o réu tem condenação transitada em julgado em 14/05/2019, por delito cometido em 2013, de modo que valoro negativamente os maus antecedentes. Não há elementos nos autos que permitam a valoração da personalidade ou da conduta social. Os motivos, as circunstâncias e as consequências também são normais ao tipo. O comportamento da vítima, in casu, a coletividade, deve ser entendido como neutro. A natureza e quantidade da droga também não extrapolam o ordinário ao tipo penal, na forma do art. 42, da Lei 11.343/06. Diante disso, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, a saber, 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes, entretanto, verifica-se que apesar de não ter sido inquirido em Juízo, o Apelado confessou a autoria do delito à autoridade policial. Nesse ponto, segundo recente jurisprudência firmada pelo Superior de Justiça: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 545/STJ. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, QUANDO NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E INDIVIDUALIZAÇÃO

DA PENA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 65, III, D, DO CP. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (VERTRAUENSSCHUTZ) QUE O RÉU, DE BOA-FÉ, DEPOSITA NO SISTEMA JURÍDICO AO OPTAR PELA CONFISSÃO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O Ministério Público, neste recurso especial, sugere uma interpretação a contrario sensu da Súmula 545/STJ para concluir que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva. 2. Tal compreensão, embora esteja presente em alguns julgados recentes desta Corte Superior, não encontra amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545/STJ. Estes precedentes instituíram para o réu a garantia de que a atenuante incide mesmo nos casos de confissão qualificada, parcial, extrajudicial, retratada, etc. Nenhum deles, porém, ordenou a exclusão da atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença, até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular. 3. O art. 65, III, d, do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório). 4. Viola o princípio da legalidade condicionar a atenuação da pena à citação expressa da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador. 5. Essa restrição ofende também os princípios da isonomia e da individualização da pena, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles elenque a confissão como um dos pilares da condenação e a outra não o faça. 6. Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral). 7. Consequentemente, a existência de outras provas da culpabilidade do acusado, e mesmo eventual prisão em flagrante, não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, em especial porque a confissão, enquanto espécie sui generis de prova, corrobora objetivamente as demais. 8. O sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria lei quanto à atenuação da pena. A decisão pela confissão, afinal, é ponderada pelo réu considerando o trade-off entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda. 9. É contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, na via legislativa, a fim de estimular que acusados confessem; para depois desconsiderá-la no processo judicial, valendo-se de requisitos não previstos em lei. 10. Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, d, do CP quando houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória. 11. Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: "o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada".

(REsp n. 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.) À vista disso, reconheço a circunstância atenuante da confissão espontânea, de modo que fixo a pena intermediária em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 521 (quinhentos e vinte e um) dias-multa. Na terceira etapa, não vislumbro nenhuma causa de aumento ou diminuição a ser aplicada. Com efeito, sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do “traficante privilegiado”, também denominada de “traficância eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social”. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275). Assim estabelece o texto legal: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, 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. (g.n.). Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto a necessidade de preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, pelo réu, para que este faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese: “A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”. (g.n.) (Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015). No caso sub judice, conforme já relatado, o réu já possui condenação transitada em julgado por tráfico de entorpecentes (autos de n. 0301142-62.2013.8.05.0141), de modo que é detentor de maus antecedente e demonstra a sua dedicação a atividades criminosas. Nesse ponto, importa registrar que “a utilização dos antecedentes para afastar a pena-base do mínimo legal, na primeira fase da dosimetria (art. 59, caput, do CP), não impede a sua utilização na terceira etapa dosimétrica, para obstar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, ante a expressa previsão legal de que, para fazer jus à privilegiadora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o réu deve, dentre outros requisitos cumulativos, ostentar bons antecedentes, não havendo se falar em bis in idem” (STJ – AgRg no AREsp: 2029384 SP 2021/0389363-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 22/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2022). Assim, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 521 (quinhentos e vinte e um) dias-multa. Com relação ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, vale recordar que o ponto de partida é o art. 33, § 2º, do Código Penal, que assim dispõe: § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena

seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (g.n). Na sequência, nos termos do § 3º, do art. 33, do CP, “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Assim, em atenção à sistemática geral prevista no Código Penal, tornam-se elementos balizadores para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena: as circunstâncias judiciais, a detração penal e a reincidência. No caso sob exame, não há prova quanto ao tempo de prisão provisória para fins de detração. Como já analisado, o Recorrido não é reincidente. Ocorre que foi valorada negativamente uma circunstância judicial, na primeira fase do procedimento dosimétrico, no caso os antecedentes criminais do Apelado. Assim, apesar de o quantum final de pena, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, ter sido estabelecido em cinco anos, dois meses e quinze dias de reclusão, o que autorizaria, em tese, a fixação do regime semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b, do CP, a existência de maus antecedentes é razão idônea para a fixação do regime inicial fechado. Isto porque, em atenção ao princípio constitucional da individualização da pena e, ainda, em atenção aos vetores do art. 59 e 33, ambos do CP, o magistrado, no uso de sua discricionariedade regrada, deve fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade que melhor atenda à reprovação e prevenção do crime. In casu, a conduta do acusado indica dedicação a atividades criminosas, especialmente relacionada ao tráfico de drogas. Diante disso, sendo fixada pena definitiva superior a quatro e inferior a oito anos, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que o regime inicial fechado se mostra o mais adequado nos casos em que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis. Vejamos: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE PENA APLICADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MODO DE RESGATE MAIS GRAVOSO. JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] II – Regime inicial fechado. A jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado seja primário e o quantum de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando presente circunstância judicial desfavorável. Confira-se: HC n. 403.823/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 11/10/2017; e AgRg no AREsp n. 972.884/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 23/10/2017. In casu, as instâncias ordinárias firmaram o desvalor da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime. III – De mais a mais, a quantidade e a natureza do entorpecente – 172 kg de cocaína – são elementos aptos a ensejar a aplicação do regime fechado, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Confira-se: HC n. 488.679/SP, Quinta Turma Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 11/06/2019; e AgRg no HC n. 380.021/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 22/3/2017. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 647839 GO 2021/0056406-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 18/05/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA

DA CONDUTA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal. 2. De outro lado, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela expressiva quantidade e natureza da droga apreendida, é fundamento idôneo para recrudescer o regime prisional. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou ainda outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 696022 SP 2021/0308216-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2021). PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios do art. 33 do Código Penal e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão e sendo desfavorável uma das circunstâncias judiciais (a natureza e a quantidade das drogas apreendidas – 23 buchas de maconha, duas pedras de crack e quatro papелotes de cocaína), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, a, e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 332752 RS 2015/0196695-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 17/05/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2016) PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade. 3. Não se mostra desarrazoado o aumento da pena-base em dois anos de reclusão com fundamento na quantidade de droga apreendida – 7 tabletes de maconha, com peso de 11,900g e 3 porções da mesma substância entorpecente, com peso de 1.273,900g –, sobretudo quando tal circunstância foi elencada legalmente como preponderante e as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão (art. 59 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes. 4. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, a, do CP. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido.

(STJ – HC: 323340 GO 2015/0108255-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 16/03/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2017) (grifamos) Diante do exposto, deverá o recorrido iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Considerando-se que o réu encontra-se solto, concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Quanto ao prequestionamento, destaco que ao Julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando as abordagens das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas ou explícitas sobre as pretensas violações. III. DA CONCLUSÃO Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO do recurso, para condenar o acusado VALDINEI JOSÉ DOS SANTOS, à pena de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 521 (quinhentos e vinte e um) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da lei 11.343/2006. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR