

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0513939-36.2017.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Ana Cristina Emiliano Gomes Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. RÉ ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006). ACUSADA CONDENADA ÀS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL SEMIABERTO E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. DOSIMETRIA. PLEITO PARA APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DE CONFISSÃO E MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTES RECONHECIDAS, PORÉM, INAPLICÁVEIS EM OBSERVÂNCIA A SÚMULA Nº 231 DO STJ. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. ALBERGAMENTO. APLICAÇÃO DA SUPRAMENCIONADA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS), POR SE TRATAR DE APELANTE QUE ATUOU NA CONDIÇÃO DE "MULA". PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA E MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA VERGASTADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA READEQUAR A PENA EM 01 (HUM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME ABERTO, SUBSTITUIR A PENA CORPORAL POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E REDIMENSIONAR A PENA PECUNIÁRIA EM 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA. 1. Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública Estadual em favor ANA CRISTINA EMILIANO GOMES, insurgindo-se contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar a acusada em 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na época do delito, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 2. Acerca da conduta delitiva sub examine, narrou a Exordial Acusatória que, no dia 20 de setembro de 2017, por volta das 10h30min, policiais militares lotados no módulo da Estação Rodoviária de Feira de Santana, após serem informados que uma mulher portava caixa de papelão muito bem lacrada, e que estava esperando alguém há algum tempo, no interior da rodoviária, em atitude suspeita, abordaram-na, tendo ela, inicialmente, afirmado que aguardava por seu pai, e depois, que esperava por seu irmão, entrando em contradição. Ao se aproximarem da caixa, constatarem que nela havia três porções de maconha prensada, em forma de tabletes, em meio a retalhos de roupas e pó de café, cuja massa bruta restou consubstanciada em 9.569,12 g (nove mil, quinhentos e sessenta e nove gramas e doze centigramas), conforme laudo de constatação preliminar acostado ao Inquérito Policial. 3. Ao ser inquirida sobre a origem e o destino da droga, afirmou que no dia anterior, por volta das 20h, um indivíduo de prenome William, residente e domiciliado na localidade denominada COAB IV, Petrolina/PE, contratou a denunciada para que esta transportasse a droga até Feira de Santana/BA, e entregasse a uma pessoa denominada "MC", o qual compareceria à rodoviária desta cidade para receber o entorpecente. Argumentou também que mantivera conversas através do aplicativo WhatsApp com o referido indivíduo, cujo número de telefone esta afirmou constar em seu aparelho celular. A denúncia acrescenta ainda que a Apelante recebeu R\$ 200,00 (duzentos reais) de William para custear a viagem, e que receberia o pagamento pelo transporte da droga das mãos de "MC", no momento da entrega. 4. Irresignada com a condenação, a Defensoria Pública interpôs apelo às fls.104 e suas razões às fls135/146, postulando

a modificação da dosimetria da pena, sob o argumento de que a juíza primeva recusou-se a aplicar a circunstância atenuante da confissão e da menoridade relativa, pois ao fixar a pena-base no mínimo legal, não poderia esta ser diminuída para valor aquém do mínimo previsto. De forma subsidiária, requereu a aplicação da causa de diminuição de pena, com base no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, por ser ré primária, não ostentando condenação transitada em julgado, não pratica atividades criminais, nem integra organização criminosa, tratando-se de agente transportador de drogas, na qualidade de “mula”. 5. A materialidade e autoria delitivas restaram evidenciadas em especial, pelo inquérito policial de fls. 05/42, daí por que o recurso interposto não questiona o mérito da condenação, limitando-se à revisão da dosimetria das penas aplicadas. 6. Andou bem o Magistrado sentenciante, em sintonia com o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. 7. Com efeito, é consabido que a cominação abstrata mínima do preceito secundário da norma penal incriminadora indica a reprovação inferior máxima estabelecida no tipo penal, pelo que, inexistindo causa de diminuição, não poderia ser rompido esse patamar fixado, sob pena de se ferir o princípio da legalidade, abrigado na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX). 8. Com relação à terceira fase da dosimetria, a Apelante fora contratada para atuar na condição de mula do tráfico, transportando considerável quantidade de entorpecente, da cidade de Petrolina/PE a Feira de Santana/BA. Nesse tipo de situação, em que o agente é considerado mula do tráfico, a jurisprudência do STJ já firmou entendimento no sentido que a quantidade de drogas, por si só, não indica a integração ou a dedicação a atividades criminosas, tornando possível a aplicação do benefício. 9. Nesse diapasão, constatando-se que a Apelante atuou na condição de “mula”, sendo ainda ré primária e não estando comprovado sua dedicação em atividades criminosas, esta faz jus à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços). 10. Destarte, acolho parcialmente a tese aduzida pela defesa, reformando-se a sentença para aplicar a causa de diminuição da pena, com base no § 4º, do art. 33, Lei nº 11.343/2006 e, por conseguinte, redimensionar a pena definitiva para 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto e a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. 11. Como a pena definitiva fixada foi inferior a 04 (quatro) anos, bem como pelo fato de estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do CP, substituo a pena a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pela Vara de Execução Penal, pelo mesmo prazo da reprimenda. 12. Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento arguido pelas partes, 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 a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. 13. Parecer Ministerial pelo conhecimento e improvemento do Apelo, subscrito pela Procuradora de Justiça, Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0513939-36.2017.8.05.0080, oriundo do Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, tendo como Apelante ANA CRISTINA EMILIANO GOMES e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator. Sala de Sessões, 2022. (data constante na certidão eletrônica de julgamento) DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI PRESIDENTE/ RELATOR (assinado eletronicamente) AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0513939-36.2017.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Ana Cristina Emiliano Gomes Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública Estadual em favor ANA CRISTINA EMILIANO GOMES, insurgindo-se contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar a acusada em 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na época do delito, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Acerca da conduta delitiva sub examine, narrou a Exordial Acusatória que, no dia 20 de setembro de 2017, por volta das 10h30min, policiais militares lotados no módulo da Estação Rodoviária de Feira de Santana receberam a notícia de que uma mulher portava caixa de papelão muito bem lacrada, e que estava esperando alguém há algum tempo, no interior da rodoviária, em atitude suspeita. Agentes se dirigiram então até o local indicado pelo transeunte, ocasião em que visualizaram a acusada, com as características informadas, e a abordaram, tendo ela, inicialmente, afirmado que aguardava por seu pai, e depois, que esperava por seu irmão, entrando em contradição. Quando os policiais se aproximaram da caixa que se encontrava ao lado da denunciada, esta começou a chorar, oportunidade em que os agentes constataram que na caixa havia uma três porções de maconha prensada, em forma de tabletes, em meio a retalhos de roupas e pó de café, cuja massa bruta restou consubstanciada em 9.569,12 g (nove mil, quinhentos e sessenta e nove gramas e doze centigramas), conforme laudo de constatação preliminar acostado ao Inquérito Policial. Ao ser inquirida sobre a origem e o destino da droga, afirmou que no dia anterior, por volta das 20h, um indivíduo de prenome William, residente e domiciliado na localidade denominada COAB IV, Petrolina/PE, contratou a denunciada para que esta transportasse a droga até Feira de Santana/BA, e entregasse a uma pessoa denominada "MC", o qual compareceria à rodoviária desta cidade para receber o entorpecente. Argumentou também que mantivera conversas através do aplicativo WhatsApp com o referido indivíduo, cujo número de telefone esta afirmou constar em seu aparelho celular. A denúncia acrescenta ainda que a Apelante recebeu R\$ 200,00 (duzentos reais) de William para custear a viagem, e que receberia o pagamento pelo transporte da droga das mãos de "MC", no momento da entrega. Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Irresignada com a condenação, a Defensoria Pública interpôs apelo às fls. 104 e suas razões às fls.135/146, postulando a modificação da dosimetria da pena, sob o argumento de que a juíza primeva recusou-se a aplicar a circunstância atenuante da confissão e da menoridade relativa, pois ao fixar a pena-base no mínimo legal, não poderia esta ser diminuída para valor aquém do mínimo previsto. Asseverou que a Súmula nº 231 do

Superior Tribunal de Justiça não se compatibiliza com aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, de modo que, observada a circunstância atenuante que incide no caso em tela (confissão e menoridade relativa), faz jus a apelante à redução da pena-base aplicada para aquém do mínimo legal. De forma subsidiária, requereu a aplicação da causa de diminuição de pena, com base no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, por ser ré primária, não ostentando condenação transitada em julgado, não pratica atividades criminais, nem integra organização criminosa, tratando-se de agente transportador de drogas, na qualidade de “mula”. Seguiu aduzindo que a quantidade de drogas apreendida, por si só, não serve para afastar a minorante. Por fim, aduziu que a Apelante faz jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em 2/3 (dois terços) e, por consequência, à conversão da pena em restritivas de direitos. O Ministério Público em suas razões (fls. 149/155) requereu a manutenção do decisor. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra da Douta Procuradora de Justiça Maria de Fátima Campos da Cunha, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do recurso. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador, 2022. (data registrada no sistema) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0513939-36.2017.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Ana Cristina Emiliano Gomes Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Apelo. Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública Estadual em favor ANA CRISTINA EMILIANO GOMES, insurgindo-se contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar a acusada em 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na época do delito, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Acerca da conduta delitiva sub examine, narrou a Exordial Acusatória que, no dia 20 de setembro de 2017, por volta das 10h30min, policiais militares lotados no módulo da Estação Rodoviária de Feira de Santana receberam a notícia de que uma mulher portava caixa de papelão muito bem lacrada, e que estava esperando alguém há algum tempo, no interior da rodoviária, em atitude suspeita. Agentes se dirigiram, então, até o local indicado pelo transeunte, ocasião em que visualizaram a acusada, com as características informadas, e a abordaram, tendo ela, inicialmente, afirmado que aguardava por seu pai, e depois, que esperava por seu irmão, entrando em contradição. Quando os policiais se aproximaram da caixa que se encontrava ao lado da denunciada, esta começou a chorar, oportunidade em que os agentes constataram que na caixa havia uma três porções de maconha prensada, em forma de tabletes, em meio a retalhos de roupas e pó de café, cuja massa bruta restou consubstanciada em 9.569,12 g (nove mil, quinhentos e sessenta e nove gramas e doze centigramas), conforme laudo de constatação preliminar acostado ao Inquérito Policial. Ao ser inquirida sobre a origem e o destino da droga, afirmou que no dia anterior, por volta das 20:00h, um indivíduo de prenome WILLIAM, residente e domiciliado na localidade denominada COAB IV, Petrolina/PE, contratou a denunciada

para que esta transportasse a droga até Feira de Santana/BA e entregasse a uma pessoa denominada "MC", o qual compareceria à rodoviária desta cidade para receber o entorpecente. Argumentou também que mantivera conversas através do aplicativo WhatsApp com o referido indivíduo, cujo número de telefone esta afirmou constar em seu aparelho celular. A denúncia acrescenta ainda que a Apelante recebeu R\$ 200,00 (duzentos reais) de William para custear a viagem e que receberia o pagamento pelo transporte da droga das mãos de "MC", no momento da entrega. Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Irresignada com a condenação, a Defensoria Pública interpôs apelo às fls.104 e suas razões às fls.135/146, postulando a modificação da dosimetria da pena, sob o argumento de que a juíza primeva recusou-se a aplicar a circunstância atenuante da confissão e da menoridade relativa, pois ao fixar a pena-base no mínimo legal, não poderia esta ser diminuída para valor aquém do mínimo previsto. Asseverou que a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, já que esta não se conforma aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, de modo que, observada a circunstância atenuante que incide no caso em tela (confissão e menoridade relativa), faz jus a apelante à redução da pena-base aplicada para aquém do mínimo legal. De forma subsidiária, requereu a aplicação da causa de diminuição de pena, com base no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, por ser ré primária, não ostentando condenação transitada em julgado, não pratica atividades criminais, nem integra organização criminosa, tratando-se de agente transportador de drogas, na qualidade de "mula". Seguiu aduzindo que a quantidade de drogas apreendida, por si só, não serve para afastar a minorante. Por fim, aduziu que a Apelante faz jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em 2/3 (dois terços) e, por consequência, à conversão da pena em restritivas de direitos. O Ministério Público em suas razões (fls. 149/155) requereu a manutenção do decisorio. Destaco, a priori, que a materialidade e autoria delitivas evidenciadas em especial, pelo inquérito policial de fls. 05/42, daí por que o recurso interposto não questiona o mérito da condenação, limitando-se à revisão da dosimetria das penas aplicadas. Assim, não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame da dosimetria das penas, em cujo âmbito se inserem os demais pleitos recursais. 1. DOSIMETRIA DA PENA A Magistrada de origem, na primeira fase, fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, portanto, no valor equivalente ao mínimo legal, esclarecendo que no caso em tela, com relação às circunstâncias judiciais de natureza subjetiva, não olvidava da valoração negativa com relação à culpabilidade, devido a grande quantidade de droga encontrada, mas esta seria valorada na terceira fase. Na segunda fase, restou declarado não haver circunstâncias agravantes, mas sim atenuantes, como a menoridade relativa da Apelante e a confissão quanto ao transporte das drogas. Contudo, não poderia haver aplicação da redução de pena pelas atenuantes, diante da impossibilidade de fixação da pena em patamar inferior ao mínimo legal, com base na Súmula 231 do STJ. Com efeito, é consabido que a cominação abstrata mínima do preceito secundário da norma penal incriminadora indica a reprovação inferior máxima estabelecida no tipo penal, pelo que, inexistindo causa de diminuição, não poderia ser rompido esse patamar fixado, sob pena de se ferir o princípio da legalidade, abrigado na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX). Oportuno esclarecer que tal entendimento foi construído em benefício do próprio réu, para que a liberdade dos cidadãos não ficasse à

mercê do subjetivismo dos julgadores, porquanto a permissão para se reduzir a pena para aquém do mínimo legal, em razão da aplicação de atenuantes, implicaria, a contrario sensu, na possibilidade de que as agravantes pudessem elevar a reprimenda acima do patamar máximo cominado ao delito. A respeito da questão, o escólio magistral de Guilherme de Souza Nucci: “Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. (...). Nesse sentido, a posição tranqüila do Supremo Tribunal Federal: “Pena – Circunstância legal – Menoridade – Limite. A consideração de atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição” (HC 73.924-SP, 2ª T., rel. Marco Aurélio, 06.08.1996, v. u.).” (In: Código Penal Comentado, pg. 394). Em outra obra, o mesmo doutrinador acrescenta: “...Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo, essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. (Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, páginas 436-437) (destacamos). Nesta senda, ensinam os renomados juristas Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabrini: “Prevê o art. 65 quais as circunstâncias do crime que devem atenuar a pena, ou seja, os dados objetivos ou subjetivos que, por seu aspecto positivo, levam à diminuição da reprimenda. Em todas as hipóteses previstas no dispositivo, a redução é obrigatória, levando-se em conta, evidentemente, as demais circunstâncias do delito, que podem agravar a sanção. Ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei.” (Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP, São Paulo: Atlas, 34ª edição, 2019) Assim, andou bem a Magistrada sentenciante, em sintonia com o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Desta forma, rejeita-se o pedido de redução da pena abaixo do mínimo legal. Na terceira fase, definiu-se não haver causa para aumento de pena, bem como não poderia ser aplicada a diminuição por tráfico privilegiado ( § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois a Denunciada foi responsável pelo transporte intermunicipal de droga em quantidade expressiva (mais de 9kg). Na Apelação, a Defesa requereu a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Dispõe o § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, verbis: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste

artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Destaque-se que, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, em seu livro, Leis Penais e Processuais Comentadas Vol. 1 (13ª Ed, 2020), o conteúdo do § 4º do artigo 33 garante a possibilidade de aplicação do privilégio apenas para o chamado 'marinheiro de primeira viagem'. No caso em testilha, argumentou a juíza sentenciante ao reconhecer que a ré não fazia jus ao benefício: "O que foi retratado no procedimento não permite o enquadramento da ré como "pequena traficante", sendo a mesma responsável pelo transporte intermunicipal de droga em quantidade expressiva (mais de 09kg), razão pela qual não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO PROPORCIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DE MACONHA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 1. A redução em seis meses pela atenuante de confissão espontânea se revela proporcional, sobretudo se considerada a quantidade da pena-base, isto é, 6 (seis) anos de reclusão, que, pela incidência da dita atenuante, passou a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, patamar pouco acima do mínimo legal. 2. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades. 3. A sentença afastou a incidência da benesse pretendida sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciaram o envolvimento do paciente em organização criminosa. 4. A elevada quantidade de droga apreendida, a saber, quase dez quilos de maconha, acondicionada em nove tabletes, provenientes do Estado de São Paulo com destino ao Rio de Janeiro, é circunstância que impede o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime. 5. De se ver, que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo. 6. Ordem denegada. (STJ – HC: 149697 RJ 2009/0194997–1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/05/2011, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2011). Assim, TORNO DEFINITIVA A PENA EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira da ré". Verifica-se, no caso em tela, que a quantidade da droga apreendida foi determinante para obstar o benefício. Entretanto, analisando-se mais detidamente os fatos narrados observa-se que a Apelante fora contratada para atuar na condição de mula do tráfico, transportando considerável quantidade de entorpecente, da cidade de Petrolina/PE a Feira de Santana/BA. Nesse tipo de situação, em que o agente é considerado mula do tráfico, a jurisprudência do STJ já firmou entendimento no sentido que a quantidade de drogas, por si só, não indica a integração ou a dedicação a atividades criminosas, tornando possível a aplicação do benefício. Nesse sentido: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SEU PATAMAR MÍNIMO (1/6). RÉU QUE TRANSPORTAVA QUASE 3KG DE COCAÍNA PARA O EXTERIOR ("MULA"). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É cediço que a

dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. Sabe-se, outrossim, que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual.

3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

4. No caso, observa-se que o Tribunal a quo reconheceu a figura do tráfico privilegiado em favor do réu, mas, diante do fato de estar a serviço de organização criminosa, ainda que eventual e esporádico, na função de "mula", verificou-se o vínculo, concluindo que a fração redutora de 1/6 se amolda à hipótese, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade em tal patamar, uma vez que houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte.

5. Dessa forma, como visto acima, o fato de o acusado ter transportado a droga (quase 3kg de cocaína) em claro contexto de patrocínio por organização criminosa é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que [a] ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes).

7. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1917774 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2021/0201495-0. Quinta Turma. Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Data da Publicação: DJe 03/11/2021). Grifos acrescidos. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÍNIMA. CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTO CONCRETO. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte Regional considerou os indícios de envolvimento da Agravante com atividades ilícitas insuficientes para denegar, de forma absoluta, o referido privilégio, contudo, os considerou bastantes para o fim de justificar a modulação na fração mínima.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "a simples atuação do agente como 'mula', por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em sua totalidade. Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o agravante faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez se reveste de maior gravidade" (AgRg no AREsp 1.534.326/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 1882382 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2021/0136684-3, Sexta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ. Data da Publicação: DJe 19/10/2021. grifos adicionados Nesse sentido a



jurisprudência dessa corte de Justiça se assenta: APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006, À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA, INICIALMENTE, NO REGIME SEMIABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, CADA DIA ARBITRADO NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. RAZÕES RECURSAIS: RECONHECIMENTO EM FAVOR DO APELANTE DA ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL, MESMO QUE A SUA PENA BASE FIQUE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA BASE DO APELANTE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006, EM SEU PATAMAR MÁXIMO. ACOLHIMENTO. PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO, PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES, NÃO HAVENDO PROVAS NOS AUTOS DIGITAIS, DE QUE O MESMO SE DEDIQUE A ATIVIDADE DELITIVA OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELO APELANTE NA DELEGACIA, NÃO FORAM RATIFICADAS EM JUÍZO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA EM PODER DO APELANTE ~~80~~ 80,26 (OITENTA GRAMAS E VINTE E SEIS CENTIGRAMAS) DA SUBSTÂNCIA VULGARMENTE CONHECIDA POR MACONHA -, FORAM CONSIDERADAS PARA FAZER INCIDIR A MINORANTE EM SEU PATAMAR MÁXIMO, QUAL SEJA, 2/3 (DOIS TERÇOS). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. EX OFFICIO: A) RECONHECIMENTO DA ATENUANTE RELATIVA À MENORIDADE, EM QUE PESE A SUA APLICAÇÃO RESTAR PREJUDICADA, FACE A INCIDÊNCIA DA SUPRACITADA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; E, B) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, A SER DEFINIDA PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-BA - APL: 05684324020168050001, Relator: João Bosco De Oliveira Seixas, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 09/03/2018) APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, DA LEI 11.343/2006, ART. 14, DA LEI 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PROVA SUFICIENTE DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CREDIBILIDADE DO RELATO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO OUVIDAS EM JUÍZO QUE PRESENCIARAM A LOCALIZAÇÃO DE PORÇÕES DE MACONHA E MUNIÇÕES NA BAGAGEM TRANSPORTADA PELA RÉ. REDUÇÃO DA PENA BASE. ACOLHIMENTO. AFASTADA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, ART. 33, DA Lei 11.343/2006. PENA REDIMENSIONADA. OPERADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCEDIDO O DIREITO AO RECURSO EM LIBERDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO... 12. Sob outro vértice, no que tange à pena infligida, extrai-se que o Magistrado afastou a incidência, da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. Como evidenciado supra, a partir do exame da prova coligida constata-se que a valoração do Magistrado acerca do envolvimento do Apelante com organização criminosa carece de respaldo empírico idôneo. 13. Destarte, por se tratar de ré primária, com bons antecedentes, sem outros registros criminais e dada a ausência de prova da sua participação em organização criminosa ou de dedicação a atividades criminosas, é de rigor acolher o pleito defensivo para aplicar, no caso em deslinde, a minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. Ademais, tendo sido apreendida pequena quantidade de maconha (149,85g - cento e quarenta e nove gramas e oitenta e cinco centigramas), aplica-se o redutor na fração máxima de 2/3 (dois terços), a qual será levada em consideração no cálculo da pena... 25. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos esses autos de Apelação Criminal de nº

8000968-61.2020.8.05.0038 da Vara Criminal da Comarca de Camacan/BA, sendo Apelante Verônica Silva Santos e Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator. (TJ-BA – APL: 80009686120208050038, Relator: NILSON SOARES CASTELO BRANCO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 21/09/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) E RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP). PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGADA PRÁTICA DE TORTURA E ABUSO DE AUTORIDADE POR POLICIAIS. POSSÍVEIS AGRESSÕES POSTERIORES À PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO OU AUXÍLIO ÀS INVESTIGAÇÕES A INDICAR PROVA ILÍCITA. FATO INVESTIGADO PELO MP. ARCABOUÇO PROBATÓRIO QUE SE MANTÉM ÍNTEGRO. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS. INEXISTÊNCIA DE ERRO DE TIPO. RÉU COM CONDIÇÕES DE SABER O QUE TRANSPORTAVA. INVIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO § 3º DO ART. 180 DO CP. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CABIMENTO. RÉU QUE EM MOMENTO ALGUM CONFESSOU ESTAR TRAFICANDO. SÚMULA 630 DO STJ. PERTINENTES OS PEDIDOS DE REDUÇÃO DAS PENAS-BASE E DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA SUPERIOR A 08 (OITO) ANOS. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONTIDOS NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. PLEITO PARA CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INACOLHIMENTO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade dos crimes de tráfico de drogas e receptação, impossível cogitar-se da absolvição do Acusado, bem como da desclassificação do delito de receptação para a modalidade culposa, prevista no § 3º do art. 180 do Código Penal. 2. O erro sobre elemento do tipo, figura jurídica prevista no art. 20 do CP, apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta. 3. Analisadas e sopesadas devidamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, as penas-base devem ser reduzidas. 4. Precedentes do STJ e do STF firmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. 5. Nos termos do art. 33, § 2º, 'a', do CP, deve permanecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. 6. Não preenchidos os requisitos previstos no inciso I do art. 44 do CP, impossível cogitar-se da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 7. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça. (TJ-BA – APL: 05001166220208050250, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 14/09/2021) Nesse diapasão, constatando-se que a Apelante atuou na condição de “mula”, sendo ainda ré primária e não estando comprovado sua dedicação em atividades criminosas, esta faz jus à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços). Destarte, acolho parcialmente

a tese aduzida pela defesa, reformando-se a sentença para aplicar a causa de diminuição da pena, com base no § 4º, do art. 33, Lei nº 11.343/2006 e, por conseguinte, redimensionar a pena definitiva para 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão e a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. 2. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, como a pena foi inferior a 4 anos, deverá o regime de cumprimento ser modificado para o aberto, nos termos do quanto disposto no art. 33, § 2º, c, do CP. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA Por fim, como a pena definitiva fixada foi inferior a 04 (quatro) anos, bem como pelo fato de estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do CP, substituo a pena a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pela Vara de Execução Penal, pelo mesmo prazo da reprimenda. 4. PREQUESTIONAMENTO Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento arguido pelas partes, 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 a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. 2. CONCLUSÃO Diante do quanto exposto, voto no sentido de CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO para redimensionar a pena definitiva, fixando-a em 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime de cumprimento aberto, sendo substituída por duas penas restritivas de direito e a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença. Sala de Sessões, 2022. (data constante na certidão eletrônica de julgamento) DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI RELATOR (assinado eletronicamente) AC16