



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000206708

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500292-56.2021.8.26.0621, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante ELEN MOREIRA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso, para, mantida a condenação da ré Elen Moreira Santos pelo tráfico de drogas, reconhecer a aplicabilidade do redutor previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 e redimensionar a pena que lhe fora imposta para 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, no piso mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo prazo daquela, e prestação pecuniária, na importância de um salário-mínimo (art. 45, §1º, CP), à entidade pública ou privada com destinação social, a serem definidas pelo juízo da execução, descontado o tempo de prisão preventiva, V.U. Expeça-se alvará de soltura clausulado com urgência, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 17 de março de 2023.

MARCELO SEMER
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1500292-56.2021.8.26.0621

COMARCA: CRUZEIRO

APELANTE: ELEN MOREIRA SANTOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 22436

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Art. 33, caput, c.c. art. 40, V, Lei 11.343/06. Sentença condenatória. Irresignação da Defesa. Materialidade e autoria devidamente demonstradas. Ré que confessou que levaria a droga até Ilhéus/BA (“mula”). Dosimetria. Aumento da pena-base mantido, face à quantidade de droga apreendida. Confissão espontânea reconhecida, tornando a pena ao mínimo legal. Correta incidência da causa de aumento do art. 40, V, Lei de Drogas, com correção de erro material no cálculo da pena posto na sentença. Tráfico privilegiado reconhecido. Ré primária e sem maus antecedentes. Posição do STJ de que a condição de “mula” do tráfico não afasta, por si só, a possibilidade de aplicação do redutor (art. 33, §4º, Lei de Drogas), já que a figura de transportador de droga não induz, automaticamente, à conclusão de que o agente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa. Redução da pena de 1/3 dada a quantidade de drogas, com fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, expedindo-se alvará de soltura clausulado. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela ré Elen Moreira Santos, em face da r. sentença de fls. 205/211, que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condená-la como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Em suas razões recursais (fls. 343/352), a Defesa pretende seja reformada a sentença, absolvendo a ré, ante a fragilidade do conjunto probatório e, subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal, com aplicação do redutor, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixação de regime aberto, por não existir qualquer elemento que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aponte ser a apelante ligada a qualquer organização criminosa (fls. 286/289). Contrarrazões a fls. 296/300. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 306/314 pelo desprovimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Elen Moreira Santos foi denunciada como incurso no art. 33, *caput*, c.c art. 40, III e V, ambos da Lei nº 11.343/06 c/c art. 61, II, *j* do Código Penal, pois, no dia 12/03/21, por volta 12h30min, na Rod. Presidente Dutra (BR 116), KM 18, na cidade de Lavrinhas/SP, Comarca de Cruzeiro/SP, estaria transportando entre Estados da Federação, para fins de fornecimento e entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 02 (dois) tabletes de cocaína no interior de uma bolsa, perfazendo aproximadamente, massa bruta de 2088 gramas.

Narra a inicial que Policiais Rodoviários Federais faziam fiscalização de rotina quando ordenaram a parada do ônibus da “Viação Gontijo”, que fazia o trajeto entre São Paulo e Itabuna/BA, sendo que, durante vistoria realizada no interior do ônibus, avistaram, embaixo da poltrona da ré uma pequena bolsa de papel onde localizaram dois tabletes de cocaína. Questionada, Elen confessou que transportava as porções de cocaína e que pessoa desconhecida lhe entregou os entorpecentes na cidade de São Paulo/SP para ser transportado até a cidade de Ilhéus/BA, sendo que pelo serviço prestado receberia o montante de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Após instrução probatória, foi proferida a r. sentença que condenou a ré como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mínimo.

Daí adveio o presente recurso defensivo.

Pois bem.

A materialidade e autoria do delito comprovaram-se pelo auto de prisão em flagrante delito (fl. 02); boletim de ocorrência (fls. 03/04); auto de exibição e apreensão (fl. 14); laudo de constatação (fls. 16/21), exame químico-toxicológico definitivo (fls. 71/73) e prova oral colhida em juízo.

Interrogada, a ré confirmou os fatos, dizendo que pegou a droga no Terminal Tietê, em São Paulo e a transportaria para Ilhéus/BA, pelo que receberia R\$ 1.000,00. Foi contratada por um conhecido de seu primo, que arcou com os custos da viagem, e aceitou fazer o transporte por estar precisando de dinheiro.

A confissão da ré foi corroborada pelo depoimento do Policial Rodoviário Federal, que, em juízo, relatou que durante a abordagem do ônibus que saía de São Paulo com destino à Bahia, identificaram uma sacola de papel, embaixo da poltrona da ré, onde localizados dois tabletes de cocaína. A respeito, a acusada assumiu a propriedade, afirmando que estava transportando para Ilhéus/BA e a entregaria a um indivíduo que não conhecia.

Em tal cenário o conjunto das provas mostrou-se suficiente para a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Mantida a condenação, passo a analisar a dosimetria da pena aplicada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na primeira fase, a pena-base foi adequadamente fixada acima do mínimo legal pela elevada quantidade de droga (2008,17g) encontrada com a ré.

Na segunda fase, correta a incidência do atenuante de confissão, retornando a pena ao mínimo legal.

Na terceira fase, caracterizado o tráfico entre Estados da Federação, é mesmo caso de incidência da causa de aumento do art. 40, V, Lei de Drogas, na fração de 1/6.

Todavia, cabe aqui reparo à r. sentença quanto à ocorrência de erro material no cálculo efetuado, pois, conquanto aplicada a fração de 1/6 pela citada causa de aumento, dali constou terem as penas resultado em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, quando na verdade, o correto seria *05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso mínimo.*

De outra parte, e ainda quanto a esta última etapa da dosimetria, entendo ter razão a D. Defesa quanto à aplicação do redutor na hipótese, reputando presentes os requisitos legais objetivos e subjetivos a justificar o enquadramento da conduta descrita na denúncia na figura do tráfico privilegiado, pois, segundo se depreende dos elementos coligidos ao processo, a ré é primária, não tem maus antecedentes (fls. 203/204), e não há qualquer prova de que se dedica à atividade criminosa ou integra organização ou associação para o tráfico.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Note-se que, em seu interrogatório, admitiu o delito, confirmando os relatos dos policiais que lhe abordaram. Disse ter sido a primeira vez que se envolvia com drogas e que apenas aceitou transportar a droga, porque precisava de dinheiro, o que caracteriza, a meu entender, a figura do traficante neófito e eventual.

Assim, forçoso reconhecer que não há elementos seguros que apontem para a habitualidade, de tal sorte que se mostra cabível a aplicação do redutor, ainda que em percentual menor.

Vale ressaltar que o STJ já entendeu que a condição de “mula” do tráfico não afasta, por si só, a possibilidade de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a figura de transportador da droga não induz, automaticamente, à conclusão de que o agente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa (AgRg no AREsp 1422110/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/06/2019).

Da mesma forma, a quantidade de droga, embora significativa, não constitui prova suficiente da dedicação à atividade criminosa de forma habitual ou da participação em organização ou associação para o tráfico, especialmente se considerando o contexto em foram localizadas e a primariedade do réu.

E, independentemente da quantidade das drogas, o STF manifestou-se recentemente no sentido de que “*a mera quantidade da droga ou insumo, ainda que elevada, por si só, não legitima o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas*” (HC 173491 AgR, Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 20/03/2020).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse sentido, a título de exemplo, o próprio STF julgou procedente um habeas corpus impetrado em favor de réu que tinha sido condenado pela crime de tráfico comum, por ter em depósito aproximadamente 3.7kg de maconha, para determinar ao juízo competente que aplique, no novo cálculo da pena, a referida causa especial de diminuição, sob o fundamento de que “*não ficou comprovado o seu real envolvimento com o crime organizado, não podendo a quantidade de droga apreendida, embora não pequena, impedir a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º*” (HC 201480, Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJe 07/05/2021).

No mesmo sentido o STJ:

*AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 258 DO RISTJ. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PACIENTE, PRIMÁRIA, QUE ATUOU COMO MULA DO TRÁFICO. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS INDICATIVOS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa. 3. Na hipótese, o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que a expressiva quantidade de entorpecentes, aliada a alguns bilhetes, seriam indicativos de que a paciente não se tratava de traficante eventual, **sem, contudo, haver a demonstração, por meio de elementos concretos extraídos dos autos, de que ela se dedicava a atividades criminosas ou mesmo que integrasse organização criminosa.** 4. Embora a quantidade dos entorpecentes apreendidos seja parâmetro idôneo para*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, esta Corte vem decidindo que tal circunstância, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se dissociada de outros elementos de prova para atestar a dedicação do apenado a atividades criminosas ou o fato de que ele integraria organização criminosa. [...] (AgInt no HC 547.551/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 02/06/2020, g.n.).

Do que se conclui, portanto, que não há elementos suficientes a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, sem qualquer comprovação de envolvimento da ré em atividade ou organização criminosa.

E, considerando tais elementos, especialmente a quantidade da droga apreendida, mostra-se mais adequada ao caso a redução da pena em 1/3.

Segundo explica Guilherme Nucci, a proporcionalidade *“significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores”* (in *Manual de direito penal* – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020).

Portanto, aplicando-se o redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, no percentual de 1/3, a pena final será de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, no piso mínimo.

Da mesma forma, descaracterizada a hediondez da figura privilegiada do tráfico de entorpecentes (HC 118533, Rel.^a Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe. 19/09/2016), e preenchidos os requisitos legais,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diante da dimensão da pena e da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (art. 33, § 2º, “c”, e §3º, do CP), de rigor a fixação do regime inicial aberto, também em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Note que, ainda que assim não fosse, o STF também já declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, autorizando o condenado por tráfico iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o fechado, conforme as disposições do art. 33 do Código Penal (HC 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.06.2012).

Vale ressaltar que o Superior Tribunal Federal consolidou o entendimento de que *“fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”* (Súmula 440).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 718, entendeu que *“a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”*.

Sendo assim, mostra-se mais adequada a fixação do regime inicial aberto, que além de compatível com o novo patamar da pena, é suficiente para reprovação e prevenção do crime no caso em tela.

E, pelos mesmos motivos, considerando a primariedade, as circunstâncias que envolveram os fatos, entendo presentes também os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, *caput*, do Código Penal, consistentes na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prestação de serviços à comunidade ou a entidades estatais, pelo mesmo prazo da pena originalmente fixada, descontado o tempo de prisão preventiva, em serviços a serem designados na fase de execução, além de prestação pecuniária, no montante de um salário-mínimo.

Vale destacar, por fim, que a Resolução 05/2012 do Senado Federal suspendeu a vedação de conversão em penas restritivas de direitos prevista no art. 44 da Lei de Drogas, declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Assim já decidiu esta C. Câmara:

Tráfico ilícito de entorpecentes – Apelos defensivos - Autoria e materialidade delitiva comprovadas pelos elementos constantes dos autos – Condenações mantidas - Circunstâncias que demonstram a dedicação dos réus ao comércio espúrio - Penas que demandam ajustes - Cabimento da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da lei de regência em grau máximo - Regime fechado imposto na origem - Adequação, contudo, da regência aberta para o início do desconto da corporal - Possibilidade da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos - Recurso parcialmente provido para esses fins. (AC 1500373-86.2021.8.26.0594, Rel. Marcelo Gordo, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 28/01/2022).

Ação Penal – Tráfico de Drogas – Sentença condenatória – Apreensão de maconha e cocaína – Insurgência do réu – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos prestados pelos agentes públicos de forma coerente e que merecem crédito diante do contexto probatório – Dicção do disposto no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006 – Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal – Segunda fase – Ausentes agravantes e atenuantes – Pleito formulado pela defesa para o reconhecimento da atenuante de confissão parcial que não possui amparo, pois em juízo o réu negou de forma veemente a prática delitiva – Terceira fase – Incidência do redutor na fração de 2/3 (01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa) – Regime aberto – Substituição da pena corporal por restritivas de direitos, consistentes na prestação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e prestação pecuniária de um salário mínimo, a critério do juízo das execuções – Recurso provido em parte para substituir a pena corporal por restritivas de direitos, mantida, no mais, a r. sentença. (AC 1501163-09.2019.8.26.0540, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 07/01/2022)

Desta feita, de rigor a reforma parcial da r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso defensivo, para, mantida a condenação da ré **Elen Moreira Santos** pelo tráfico de drogas, reconhecer a aplicabilidade do redutor previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 e redimensionar a pena que lhe fora imposta para 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, no piso mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo prazo daquela, e prestação pecuniária, na importância de um salário-mínimo (art. 45, §1º, CP), à entidade pública ou privada com destinação social, a serem definidas pelo juízo da execução, descontado o tempo de prisão preventiva. **Expeça-se alvará de soltura clausulado com urgência.**

MARCELO SEMER
Relator