



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001509

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500060-11.2024.8.26.0598, da Comarca de Jaú, em que são apelantes DAIANE DIAS CAETANO e JUCIELI ALVES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento para: a) absolver os apelantes da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 35, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; b) reconheceram a participação de menor importância com relação a Daiane, reduzindo a reprimenda em 1/3; c) readequaram a reprimenda imposta a JUCIELI ALVES DA SILVA para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, combinado com art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006; d) readequaram a reprimenda imposta a DAIANE DIAS CAETANO para 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 388 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, combinado com o art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 29, §1º, do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença em seus termos. A prisão preventiva de Jucieli deve ser mantida, por v.u., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9146

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1500060-11.2024.8.26.0598

Apelante: Daiane Dias Caetano e Jucieli Alves da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS DEFESAS.

1. CASO EM EXAME

1.1. Recursos de apelação interpostos em favor de Daiane Dias Caetano e Jucieli Alves da Silva contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú, que condenou o apelante à pena de 9 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1535 dias-multa, no mínimo legal, e a apelante à pena de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1632 dias-multa, no mínimo legal, como incursos nos artigos 33 e 35, ambos combinados com o art. 40, V, da Lei 11.343/06, na forma do art. 29 e 69 do CP.

1.2. Pleito absolutório por insuficiência probatória. Pleitos subsidiários de redução da reprimenda, com modificação do regime prisional e substituição da pena corporal por alternativas. Requerimento de concessão do direito de recorrer em liberdade.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

2.1. Apelantes que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, teriam se associado para a prática do tráfico de drogas, sendo surpreendidos em flagrante delito com uma carga de aproximadamente 3,5 toneladas de maconha em um caminhão, droga transportada do estado do Mato Grosso do Sul.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Tráfico de drogas. Condenação adequada. Materialidade delitiva comprovada pela apreensão e perícia das substâncias entorpecentes. Autoria demonstrada pelos relatos seguros e coerentes das testemunhas policiais, aliada à confissão de Jucieli. Presença de elementos indicativos de que Daiane colaborou, objetiva e subjetivamente, com a conduta realizada pelo corréu.

3.2. Juízo de adequação penal típica. Fatos que se amoldam ao delito tipificado pelo art. 33 da Lei de Drogas, considerando a exorbitante quantidade de drogas transportada. Causa de aumento prevista pelo art. 40, V, da Lei 11.343/2006 corretamente reconhecida.

3.3. Autoria e participação. Apelante Jucieli que atuou como autor. Réu que tabulou a negociação do transporte das drogas e que, de fato, era quem conduzia o caminhão. Participação de Daiane. Conduta acessória. Presença no veículo que buscava dar um ar de normalidade, minimizando as chances de eventual abordagem pelos órgãos de fiscalização. Colaboração que não se mostrou imprescindível, permitindo o reconhecimento da participação de menor importância.

3.4. Associação ao tráfico. Fragilidade do conjunto probatório. Ausência de elementos que confirmem a estabilidade e permanência exigida para a caracterização do delito associativo.

3.5. Individualização da pena. 3.5.1. Apelante Jucieli. Pena-base exasperada em razão da quantidade de drogas. Apreensão de aproximadamente 3,5 toneladas de maconha. Quantidade expressiva dos entorpecentes. Circunstância preponderante à luz do art. 42 da Lei 11.343/2006. Exasperação no patamar de 1/6. Impossibilidade de aumento diante do recurso exclusivo da defesa. Atenuante da confissão corretamente reconhecida em sentença. Tráfico privilegiado não caracterizado. Expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado. Substância acondicionada sob a forma de tijolos que seriam fracionados em quantidades menores e inseridos no mercado ilícito de drogas. Admissão, pelo acusado, de que agiu mediante pagamento de contraprestação pecuniária. Circunstâncias caracterizadoras da dedicação às atividades ilícitas. Regime fechado mantido. Impossibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos. 3.5.2. Apelante Daiane. Pena-base exasperada em razão da quantidade de drogas. Apreensão de aproximadamente 3,5 toneladas de maconha. Quantidade expressiva dos entorpecentes. Circunstância preponderante à luz do art. 42 da Lei 11.343/2006. Exasperação em sentença no patamar de 1/6. Tráfico privilegiado não caracterizado. Expressiva

quantidade de drogas apreendidas. Substância acondicionada sob a forma de tijolos que seriam fracionados em quantidades menores e inseridos no mercado ilícito de drogas. Circunstâncias caracterizadoras da dedicação às atividades ilícitas. Redução em 1/3 pela participação de menor importância. Regime fechado mantido. Impossibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

4. DISPOSITIVO

Recursos conhecidos e, no mérito, parcialmente providos para: a) absolver os apelantes do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006; b) readequar as penas para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e o pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, com relação ao apelante Jucieli, e 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 388 dias-multa, no mínimo legal, com relação à apelante Daiane.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTES CITADAS:

Legislação: Lei 11.343/06, art. 33, caput, art. 35, caput, art. 40, V; Código Penal, arts. 29, 69, §1º; Código de Processo Penal, art. 386, VII; Súmula 587 do STJ.

Jurisprudência: STJ, HC n.º 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02.02.2016; STJ, HC n.º 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06.03.2018; STJ, AgRg no HC 539.907/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 17/12/2019, DJe 19/12/2019; STJ, HC 527.962/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 5ª Turma, j. 05/12/2019, DJe 12/12/2019; STJ, AgRg no HC 545.758/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 03/12/2019, DJe 16/12/2019; STJ, HC 391.325/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 18/05/2017, DJe 25/05/2017.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos pelas defesas de **DAIANE DIAS CAETANO** e **JUCIELI ALVES DA SILVA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito João Pedro Vieira dos Santos, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú**, que, julgando procedente a ação penal, condenou a apelante **Daiane** à pena de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.632 dias-multa, no mínimo legal, e o apelante **Jucieli** à

pena de 9 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.535 dias-multa, no mínimo legal, como incursos no artigo 33, *caput*, e art. 35, *caput*, combinado com o art. 40, inciso V, todos da Lei 11.343/06, na forma do art. 29 e 69, ambos do Código Penal (fls. 467/487).

A defesa de **Jucieli** insurge-se contra a condenação pelo delito associativo, argumentando que a companheira do apelante não tinha conhecimento a respeito do transporte de entorpecentes por ele realizado, razão pela qual sustenta que o *animus* associativo não foi comprovado. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base, bem como a aplicação do redutor, invocando a caracterização de *bis in idem* pela utilização da mesma circunstância – natureza e quantidade de entorpecentes – na primeira e terceira fase da dosimetria. Pugna, ainda, pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos e o afastamento da pena de multa. Requer, ainda, a concessão da gratuidade de justiça e a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 519/547).

Por sua vez, a defesa de **Daiane** pugna pela absolvição por insuficiência probatória, argumentando que a apelante apenas acompanhava seu companheiro em uma viagem e que não tinha ciência quanto às drogas por ele transportadas. Subsidiariamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a concessão do privilégio, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, afastando-se a pena de multa (fls. 549/573).

Contrarrazoados (fls. 591/593), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos recursos (fls. 626/631).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O

recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A parte possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Da apelação

2.1. Síntese dos fatos imputados

Os acusados foram denunciados e processados pela prática dos delitos tipificados pelo art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal, porque, o dia 20 de janeiro de 2024, por volta de 9h10min, na praça de pedágio localizada na Rodovia SP 225, Km 199 + 400m, sentido Jaú-Bauru, no município e comarca de Jaú, associaram-se entre si e com outros indivíduos não identificados, de maneira estável e duradoura, para praticar, de forma reiterada, o tráfico ilícito de drogas; bem como, nas mesmas circunstâncias fático-temporais, agindo em concurso e com unidade de propósitos entre si e com outros indivíduos não identificados, guardavam e transportavam, para fins de tráfico, 4.352 tijolos de maconha, pesando 3.478.0kg; 51 tijolos de haxixe, pesando 49.668kg; e 57 tijolos de skunk, pesando 24.670.0Kg, além de duas garrafas contendo sementes de maconha, pesando 2.220g, sem autorização e em desacordo com a legislação pertinente (fls. 159/164).

Conforme narrado pela denúncia, os acusados se associaram a terceiros com a finalidade de transportarem substâncias entorpecentes do estado do Mato Grosso do Sul, partindo da cidade de Mundo Novo, até a cidade de Campinas/SP. Para tanto, se utilizaram do caminhão Volvo/FH 440 6x2T, branco, ano 2009, placa DTV9F75, de Penápolis, registrado em nome da empresa *Madeiraira Araguaia Comércio de Madeiras Eireli-ME* e, ainda, dois veículos semirreboques, placas AEF0H19 e AEF0H33, registrados em nome de *Cezar Aparecido Zanini*, nos quais acondicionavam uma carga de milho e, sobre ela, os entorpecentes apreendidos.

Segundo apurado, os acusados eram guiados por um “batedor” que lhes instruía sobre os locais onde poderiam parar, bem como indicaria o ponto exato onde deveriam deixar as drogas na cidade de Campinas. Por essa atividade, **Juceli** seria remunerado em 50 mil reais. Quando efetuavam o pagamento da tarifa de pedágio na rodovia Jaú-Bauru, policiais militares rodoviários suspeitaram da atitude de **Juceli**, quem conduzia o caminhão, o qual demonstrou nervosismo com a presença dos agentes. Efetuada a abordagem, **Juceli** titubeou ao responder sobre o destino da carga. Assim, os agentes inspecionaram a carga e constataram que, por cima da carga de milho, havia vários tijolos de maconha, skunk, haxixe e frascos com semente de maconha. Ao ser indagado, **Juceli** admitiu o transporte das substâncias, enquanto **Daiane** alegou desconhecimento sobre o conteúdo ilícito transportado.

A persecução penal foi instaurada mediante auto de prisão em flagrante. A custódia foi convertida em preventiva. Posteriormente, **Daiane** foi agraciada com a prisão domiciliar. Finda a instrução, ambos foram condenados nos termos da denúncia.

2.2. Do delito de tráfico de drogas

2.2.1. Dos fatos provados

A manutenção da condenação dos apelantes é medida de rigor.

A materialidade delitiva foi comprovada pela apreensão das substâncias e pela prova técnica. Apurou-se o encontro de 4352 tijolos de maconha, 51 tijolos de haxixe, 57 tijolos de skunk e 2 embalagens contendo sementes de maconha (fls. 25/27 e 29/34). O laudo pericial realizado sobre o caminhão e respectivos semirreboques confirmou o encontro das substâncias entorpecentes, cujo peso total era de aproximadamente 3.500 kg (fls. 106/140). O exame químico-toxicológico confirmou a apuração preliminar (fls. 330/336).

A autoria foi comprovada pela prova oral.

Sob o crivo do contraditório, a testemunha Luiz Antônio Moreira,

policial militar rodoviário, relatou que realizava atividade de fiscalização em uma praça de pedágio quando suspeitou da atitude do condutor de uma carreta, posteriormente identificado como **Jucieli**, o qual ficava olhando para os agentes de segurança e abaixando a cabeça reiteradamente. Deliberou por abordá-lo, junto com sua companheira **Daiane**, que o acompanhava na cabine do caminhão, e perguntou qual o destino da viagem. O réu disse que transportava uma carga de milho da cidade de Dourados/MS, porém não sabia o destino, tendo que pegar uma nota fiscal para então informar que iria até a cidade de Itapuí. Perguntou-lhe, então, qual a distância até o destino, porém o acusado não soube dizer, o que achou estranho, pois a cidade ficava a 15 km da praça de pedágio. Determinou que os acusados desembarcassem, examinou a cabine e nada encontrou. Decidiu verificar o conteúdo transportando, tendo encontrado diversos fardos de maconha sobre a carga de milho. Disse que, assim que localizou a droga, **Jucieli** disse, em tom irônico, “*parabéns, vocês conseguiram achar*”, enquanto **Daiane** imediatamente começou a chorar e disse para **Jucieli** “*não acredito que você fez isso comigo*”. Relatou que **Jucieli** admitiu ter pegado a carga de milho na cidade de Dourados/MS, se dirigido até Mundo Novo/MS onde pegou a carga de drogas e estava indo até a cidade de Campinas, indicando que receberia 50 mil reais pelo transporte das substâncias. **Jucieli** ainda revelou que mantinha contato com um batedor que lhe fornecia orientações por telefone sobre qual a rota que deveria trafegar, onde deveria parar e como deveria desviar da fiscalização. **Daiane**, por sua vez, negou tivesse conhecimento sobre a existência das drogas, afirmando que teria aguardado **Jucieli** em um posto enquanto ele fez o carregamento da carga.

A sobredita narrativa foi confirmada, em juízo, pelo policial militar rodoviário Cláudio Celso Prado Júnior. Em linhas gerais, confirmou ter abordado os acusados, ocupantes de uma carreta, em uma praça de pedágio, ressaltando que o réu se mostrava desconfortável com a presença dos policiais, não sabendo indicar o destino da carga de milho que estava transportando. Confirmou ter localizado grande quantidade de maconha no compartimento de carga da carreta, frisando que, nesse momento, **Jucieli** os parabenizou de maneira irônica, enquanto **Daiane** começou a chorar. Disse que **Jucieli** informou ter carregado o caminhão com milho em Dourados/MS e dirigido 240 Km até Mundo Novo/MS onde recebeu a carga de

drogas. Ambos disseram que **Daiane** permaneceu aguardando em um posto de combustíveis em Mundo Novo/MS enquanto **Jucieli** foi até uma oficina mecânica onde pegou as drogas. **Jucieli** ainda relatou que mantinha contato com um batedor por telefone ao longo da viagem, sendo orientado a apagar as mensagens trocadas. Disse que **Daiane** estava tranquila quando desembarcou do caminhão, enquanto **Jucieli** ficou apreensivo e nervoso.

As narrativas, note-se, são coesas e uniformes. Inexistem contradições ou outros elementos que possam fragilizar as versões apresentadas. A alegação de que a prova estaria circunscrita aos depoimentos prestados pelos policiais não é, por si, suficiente a ponto de afastar a validade daquelas provas. Como é cediço, a legislação processual não acolheu o sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. A bem da verdade, adotou-se o sistema do livre convencimento motivado. As provas, portanto, devem ser examinadas de forma livre, expondo o magistrado o percurso lógico para a conclusão.

No caso em apreço, os depoimentos prestados devem ser considerados. A par da uniformidade dos relatos, não há registros de desvios funcionais anteriores que, de alguma forma, fragilizassem a confiabilidade das narrativas. Assim, os depoimentos prestados pelos policiais assumem importante valor probatório para o deslinde da causa. Nesse sentido, alinha-se a jurisprudência:

O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ (STJ, HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02.02.2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade

(STJ, HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06.03.2018).

A testemunha de defesa Gislaine Furlam, ouvida em juízo, disse que **Daiane** era trabalhadora rural, não tendo conhecimento de seu envolvimento com atividades ilícitas. Disse que a ré não trabalhava com transporte de cargas.

Eli Inácio da Costa, testemunha de defesa, nada relatou sobre os fatos, limitando-se a indicar o vínculo de emprego dos réus, os quais trabalhavam em uma granja de frangos. Afirmou que **Jucieli** também trabalhava como motorista de cargas.

Quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, **Jucieli** relatou que saiu da cidade de Tuneiras d'Oeste/PR, junto com sua companheira **Daiane**, e foi até Dourados/MS. Porém uma semana antes parou em Mundo Novo/MS onde conheceu uma pessoa que lhe ofereceu dinheiro para transportar uma carga de cigarros até Campinas. Conseguiu um carregamento de milho de Dourados/MS para Itapuí/SP e Bariri/SP. Dirigiu-se até Dourados/MS onde pegou a carga de grãos e retornou para Mundo Novo/MS onde foi até uma fazenda. Nesse local, o proponente disse que, ao invés de cigarros, seria transportada uma carga de 2 toneladas de drogas e que receberia 50 mil reais. Nesse momento, **Daiane** estava em um posto de combustíveis, não tendo tomado conhecimento da carga. Disse que, durante o trajeto, um batedor lhe telefonava e passava informações a respeito de qual caminho tomar, pedindo que fossem apagados os registros telefônicos. Afirmou que foi abordado em uma praça de pedágio por policiais (fls. 06).

Em seu interrogatório judicial, **Jucieli** admitiu o transporte das substâncias, isentando a corré de responsabilidade. Disse que saiu do Paraná com **Daiane** e que foram até Mundo Novo/MS onde estava a procura de carga para transportar. Foi abordado por um rapaz que propôs levasse uma carga ilícita de cigarros para a cidade de Campinas pelo valor de 15 mil reais. Nesse momento,

Daiane estava dentro do caminhão e não presenciou a proposta. Acabou aceitando e se dirigiu até Dourados/MS onde carregou seu caminhão como uma carga de milho e retornou para Mundo Novo/MS. Ali deixou **Daiane** em um posto de combustíveis e lhe disse que iria até uma oficina mecânica. Entrou em contato com o rapaz que lhe fez a proposta e se dirigiu até determinado ponto, situado em área rural, onde foi feita uma nova proposta, no valor de 50 mil reais, para que transportasse drogas até Campinas. Indicou que o pagamento seria feito via pix. Não sabia quem iria efetuar o pagamento que seria feito posteriormente. Aceitou a proposta e seguiu viagem junto com **Daiane**. Disse que mantinha contato com um batedor através de mensagens, sendo instruído a apagá-las. Afirmou que saiu de Mundo Novo/MS em uma sexta-feira pela manhã e foi detido no sábado seguinte. Ressaltou que **Daiane** não tinha ciência das drogas. Não tinha contato com a pessoa que lhe contratou, apenas recebia mensagens do batedor. Indicou que respondia as mensagens por escrito e somente mandava áudio quando **Daiane** estava dormindo.

Ouvida, em delegacia, **Daiane** disse que saiu de Tuneiras d'Oeste/PR junto com seu convivente **Jucieli** em direção a Dourados/MS. Afirmou que foi feito carregamento de milho em uma cidade cujo nome não se recordou. Disse que, chegando em Mundo Novo/MS, **Jucieli** a deixou em um posto de combustíveis e foi até uma oficina mecânica, retornando após duas horas. Disse que nada percebeu de anormal nas conversas telefônicas que **Jucieli** mantinha durante a viagem. Afirmou que, enquanto os policiais efetuavam a abordagem, **Jucieli** lhe contou que havia drogas no caminhão, momento em que se desesperou. Ressaltou que não tinha ciência quanto à existência das drogas, acreditando que fosse uma carga de milho (fls. 05).

Interrogada, ao final, **Daiane** negou os termos da acusação, dizendo que somente veio a ter conhecimento de que **Jucieli** transportava entorpecentes quando foi abordada pelos policiais. Afirmou que saíram da cidade de Tuneiras/PR e seguiram para Dourados/MS onde **Jucieli** pegou uma carga de milho e, em seguida, rumaram para Mundo Novo/MS onde se banhou em um posto de combustíveis enquanto **Jucieli** disse que iria até uma oficina mecânica. Quando ele retornou, seguiram viagem até o momento da abordagem policial. Não se recordou se, antes de

irem para Dourados, pararam na cidade de Mundo Novo. Não presenciou o acusado negociando a carga de milho. Disse que costumava acompanhar seu marido em algumas viagens. Afirmou que **Jucieli** somente lhe contou sobre o transporte dos entorpecentes quando foram abordados pelos policiais, antes mesmo do encontro da droga.

A responsabilidade penal de **Jucieli** pelo transporte das substâncias entorpecentes é incontroversa. Para além dos relatos seguros e uniformes das testemunhas policiais responsáveis pelo encontro das substâncias entorpecentes, há a confissão judicial do acusado, o que torna inquestionável a autoria que lhe é imputada.

Também não há dúvidas quanto ao envolvimento de **Daiane** com o transporte das substâncias entorpecentes. A acusada invoca desconhecimento sobre a existência de drogas alegando que os fatos somente lhe teriam sido revelados por **Jucieli** nos instantes que precederam a abordagem policial. A narrativa é frágil e inverossímil. Os acusados eram companheiros, o que supõe uma relação de grande proximidade. Difícil crer que tão graves fatos seriam omitidos de **Daiane** por seu próprio esposo. Ademais, a quantidade de drogas era expressiva, cerca de 3,5 toneladas, e, por certo, não passaria despercebida, mormente porque os entorpecentes não estavam escondidos em meio à carga de milho, mas sim acondicionados sob a forma de tijolos por cima dos grãos. Bastava, portanto, a simples remoção da lona para se chegar ao encontro da droga. Por outro lado, ambos viajavam juntos com a droga há pelos menos um dia, período no qual **Jucieli** mantinha frequente contato telefônico com um batedor que lhe repassava informações estratégicas sobre qual caminho seguir e sobre eventual presença de fiscalização na rodovia, tudo a fim de garantir o sucesso da empreitada. Evidente que **Daiane** tinha ciência desses contatos, de modo que não poderia invocar o alegado estado de desconhecimento.

Dessa forma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, de modo que são suficientes para fundamentar o édito condenatório.

A condenação era medida de rigor.

2.2.2. Da adequação penal típica

Correta a tipificação dada em sentença. A exorbitante quantidade de entorpecentes transportada, aproximadamente 3,5 toneladas, não deixa quaisquer dúvidas acerca da destinação comercial das substâncias. Os fatos assim postos levam à incidência da norma penal dada pelo art. 33 da Lei de Drogas.

A causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas foi comprovada. As provas produzidas revelam que os acusados foram presos em flagrante transportando as substâncias no Estado de São Paulo, tendo recebido a droga quando se encontravam no Mato Grosso do Sul. É o que basta para a comprovação da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006. Importante destacar que, de acordo com a jurisprudência, a incidência da majorante prescinde da efetiva transposição de fronteiras, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual. O entendimento foi cristalizado na Súmula 587 do Superior Tribunal de Justiça¹.

Não há excludentes de ilicitude ou da culpabilidade.

2.2.3. Da responsabilidade penal dos apelantes. Da autoria e da participação

O Código Penal adotou a teoria unitária mitigada, optando por distinguir a autoria da participação em título próprio, relativo ao concurso de pessoas. Todavia, a definição de autor para fins penais não é pacífica, uma vez que o referido diploma legal não estabeleceu parâmetros para se operar a distinção entre os colaboradores do injusto. Diversas são as correntes doutrinárias que buscam estabelecer critérios para a delimitação do conceito de autor, ora prevalecendo critérios estritamente objetivos, ora predominando o aspecto subjetivo do agente.

Não obstante a teoria objetivo-formal constitua a proposta tradicionalmente adotada pela doutrina, o critério por ela estabelecido não resolve

¹ **Súmula 587/STJ:** Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.

problemas simples relacionados à distinção entre autor e partícipe em determinadas ocasiões. Isso porque o critério objetivo-formal propende a considerar o mentor intelectual como partícipe, além de ser incapaz de explicar o instituto da autoria mediata. Sendo assim, o parâmetro segundo o qual autor é aquele que realiza o verbo nuclear do tipo, e partícipe aquele que colabora de outra forma relevante, revela-se insuficiente para amparar a teoria unitária mitigada.

Nessa dinâmica, somente a teoria do domínio do fato é capaz de fornecer o instrumental adequado para se aferir a autoria e a participação diante do caso concreto. De acordo com Claus Roxin, a configuração de autoria está relacionada a três situações: a) domínio da ação, hipótese na qual o autor será aquele que realiza independentemente a conduta ilícita; b) domínio da vontade, ocasião em que autor será aquele que domina a conduta dos executores; e c) domínio funcional, a qual ocorre quando duas ou mais pessoas dominam de forma conjunta o fato. Partícipe, para a referida teoria, será aquele colabora para a realização do delito, contudo, sem ter o controle (domínio) do fato.

No que tange à participação, é certo que a acessoriedade é sua marca indelével. O partícipe presta uma contribuição acessória dolosa em fato principal alheio, dependendo, portanto, da existência do fato principal. Desse modo, a modalidade de contribuição pessoal do partícipe no fato principal dá-se através da provocação do dolo do tipo praticado pelo autor (induzimento e instigação) ou mediante o apoio material para a realização do fato principal (cumplicidade). Conforme leciona Juarez Cirino dos Santos²:

(...) a participação pode contribuir para o tipo de injusto doloso de dois modos: mediante *provocação* do dolo do tipo de injusto do autor; mediante *apoio material* para a realização do tipo de injusto pelo autor. Em suma, a participação pode existir sob as formas de instigação *para* e de cumplicidade *em* tipo de injusto doloso.

Na hipótese dos autos, a **Jucieli** coube o papel principal. Foi

² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*, 8ª edição. Florianópolis: Tirant Io Blanch, 2018. p. 388.

identificado como o responsável pela condução do veículo de carga no qual as substâncias eram transportadas. Atuou, é certo, como autor.

Por sua vez, o envolvimento de **Daiane** restou circunscrito ao campo da participação. De fato, não realizou a conduta nuclear do tipo, tampouco possuía o domínio do fato. No entanto, colaborou para a prática delituosa ao acompanhar **Jucieli** durante o transporte das substâncias com o nítido propósito de prestar auxílio à conduta realizada pelo corréu, visto que, conforme indicado pelos policiais, a presença da acusada teria como finalidade abrandar as suspeitas dos órgãos de fiscalização. Evidente que **Daiane** prestou contribuição acessória para a realização do transporte das substâncias, atuando como partícipe. De mais a mais, não se tratou de uma colaboração imprescindível. **Jucieli** poderia ter realizado o transporte das substâncias sem aquele auxílio. Este quadro confere à participação de **Daiane** o selo da menor importância, nos termos do art. 29, §1º, do Código Penal.

2.3. Do delito de associação ao tráfico. Da absolvição dos apelantes

Como é assente, a configuração do delito previsto pelo artigo 35 da Lei 11.343/06 exige a demonstração do *animus* associativo, consistente no desejo de se conjugar esforços permanentes dirigidos à realização do comércio ilícito de drogas. Não se trata, portanto, de uma cooperação meramente eventual, mas sim de relação pautada pela estabilidade. É, note-se, o elemento que distancia a figura típica autônoma do concurso eventual de pessoas. Nesse sentido já se decidiu:

(...) - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n. 11.343/2006) exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, o caso é de mero concurso de pessoas.

- As instâncias ordinárias embasaram a condenação dos pacientes em elementos fáticos e probatórios concretos - com destaque para os depoimentos das testemunhas policiais -, os quais, detidamente examinados em primeiro e segundo graus de jurisdição, conduziram à conclusão de que os réus integrariam, de maneira estável e permanente, associação criminosa voltada à

comercialização ilícita de entorpecentes, tendo, inclusive, vínculo com organização de âmbito nacional, o PCC. Desconstituir tal entendimento, para absolver os pacientes, implicaria aprofundado reexame dos fatos e provas carreados aos autos, procedimento que é incompatível com a via estreita do habeas corpus. (...)

(STJ, HC 479.977/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019)

RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas. (...)

(STJ, REsp 1652115/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019)

A questão é remansosa na jurisprudência: **STJ, AgRg no HC 539.907/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; STJ, HC 527.962/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 12/12/2019; STJ, AgRg no HC 545.758/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019; STJ, HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017; STJ, HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; STJ, HC 220.231/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016.**

Na hipótese dos autos, não há elementos que indiquem a existência de

um vínculo estável e permanente de modo a caracterizar o delito autônomo de associação ao tráfico.

As testemunhas policiais não noticiaram a existência de qualquer procedimento de investigação que confirmasse a associação para o tráfico. Em realidade, sequer conheciam os réus que, frisa-se, não eram alvo de prévio monitoramento pelos policiais. Ao que tudo indica, a prisão em flagrante dos acusados se deu fortuitamente, fruto da desconfiança que recaiu sobre suas atitudes ao cruzarem uma praça de pedágio. O tirocínio policial levou à descoberta de que os acusados estavam transportando os entorpecentes provindos do estado sul mato-grossense, porém não levou à descoberta de uma estrutura associativa minimamente constituída.

Muito embora os policiais tenham relatado o encontro de expressiva quantidade de drogas e evidências de que os réus atuaram de forma coordenada para o transporte daquelas substâncias, tais circunstâncias não são suficientes a ponto de caracterizarem a estabilidade e a permanência exigidas para a configuração do ilícito penal. A bem da verdade, não há elementos nos autos que possam indicar a existência de um vínculo associativo entre os acusados. Afinal, as provas colhidas ao longo da instrução dão conta de uma única diligência policial que culminou com a prisão dos réus. A hipótese atesta um concurso eventual e não figura penal autônoma.

Assim, o quadro probatório revelou-se extremamente frágil quanto ao vínculo associativo entre os acusados. Não há elementos que possam conferir a certeza de que entre eles havia uma união de esforços estável e permanente dedicada à prática do tráfico. A hipótese é, portanto, de absolvição.

Nunca é por demais lembrar envolver a persecução penal uma atividade de reconstrução histórica que é materializada pela instrução. Durante esta fase, aos sujeitos parciais assiste o direito de trazerem ao processo os elementos probatórios reputados necessários à demonstração de suas teses. A bem da verdade, almejam estruturar, na mente do julgador, um estado subjetivo, que, todavia, pode ser variável entre a dúvida, a certeza positiva e a certeza negativa. As duas primeiras tornam a absolvição imperiosa. A dúvida pela incerteza, sempre favorável ao

acusado, sobre a ocorrência do fato material ou de sua autoria. A certeza negativa, por sua vez, pela convicção segura de que a conduta imputada na denúncia não ocorreu ou de não ter o réu qualquer vínculo com ela. Diante de tal quadro, somente a certeza positiva quanto ao fato e a autoria pode dar azo à prolação de uma sentença condenatória. Nesse sentido digno de nota é o magistério de Nicola Malatesta³:

...não sendo a certeza senão a percepção da realidade indubitável, como a crível o é da realidade possível, segue-se que a certeza, por sua vez, inclui a credibilidade. O certo não pode deixar de ser crível; é o próprio axioma dos lógicos, transferido do mundo da realidade para o do conhecimento. (...) Relativamente a um fato, o espírito pode encontrar-se no estado de ignorância, ausência de qualquer conhecimento; no estado de dúvida em sentido restrito, ou seja, de conhecimento alternativo, incluindo igualmente o sim e o não; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante. A dúvida e a probabilidade não são, muitas vezes, senão duas etapas para se passar das escuras regiões da ignorância à região luminosa da certeza. (...) Nas noções que demos sobre a certeza e a probabilidade, vimos que a certeza não tem mais motivos divergentes da crença, dignos de serem considerados; que a probabilidade, ao mesmo tempo com maiores motivos convergentes à crença, tem menores motivos divergentes da crença, dignos todos de serem considerados. Pois bem, senhores, quando há paridade entre os motivos convergentes e divergentes, dá-se a dúvida em sentido específico que chamamos de mera credibilidade.

2.4. Da individualização da pena

2.4.1. Apelante Jucieli

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 1/6, obtendo-se a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa. A defesa pugna pela fixação da reprimenda no mínimo legal.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em aproximadamente 3,5 toneladas de maconha, haxixe

³ *A lógica das provas em matéria criminal*. V.1, Bookseller, 1996, pp. 64-65.

e skunk. O aumento, é certo, foi extremamente acanhado considerando-se a expressiva quantidade de drogas. O silêncio do Ministério Público quanto ao tema impede qualquer modificação em sede recursal sob pena de violação da proibição da *reformatio in pejus*.

Na segunda fase, foi corretamente reconhecida a atenuante da confissão espontânea o que proporcionou a redução da pena que retornou ao patamar mínimo de 5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase foi reconhecida a causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, exasperando-se a reprimenda em 1/6. Assim, obtém-se a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa.

Foi, ainda, afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou, para além da incompatibilidade com a concomitante condenação pelo delito associativo, a presença de elementos indicativos de que o acusado se dedicava a atividades criminosas, desempenhando relevante papel na cadeia distributiva de entorpecentes⁴. A defesa pugna pela concessão do redutor alegando que o réu preenche os requisitos legais e que a quantidade já foi utilizada na primeira fase da dosimetria.

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse

⁴ Assim fundamentou: Na terceira fase, não há causas de diminuição de pena a serem aplicadas, tampouco a do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois, além da **evidente incompatibilidade objetivo-subjetiva com o crime autônomo de associação, o tráfico sob análise não se tratou, em absoluto, de algo isolado, eventual ou meramente incipiente** a que visa o enfocado benefício legal, pois **a forma em que as drogas foram encontradas (numerosas embalagens de drogas sobre a carga de milho), demonstra que os réus desempenharam papéis relevantes na cadeia delitiva do tráfico interestadual, em empreitada criminosa que demonstra envolvimento na atividade criminosa**. Não há como comparar a atuação dos réus com a mera atividade de “mula” do tráfico: os réus foram as peças centrais em torno das quais giraram as engrenagens do intrincado sistema de transporte e distribuição de mais de três toneladas e meia de drogas, envolvendo guarda, carregamento, fiscalização e escolta. Saliente-se, ainda, que a sobredita causa de diminuição de pena deve incidir em situações específicas, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio nas vidas dos réus e não de uma repetição de fato análogo, de sorte a prestigiar o indivíduo neófito no mundo do crime e para que a este não regresse, o que, repita-se, não é o caso aqui tratado, sob pena de, por via transversa, servir como verdadeiro incentivo à reincidência, tamanho o poder lucrativo das drogas e o persuasivo do meio (fls. 482).

sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.**

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimentava vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.
2. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso, as quantidades de 7,58 kg e de 5,3 kg de maconha se mostraram exacerbadas para o tipo, justificando as penas-base fixadas nos patamares de 7 anos e 6 meses para o primeiro agravante e de 6 anos para o segundo agravante.
3. **Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante.**
4. **In casu, a utilização da quantidade da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).**
5. **Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade da droga apreendida e circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.**
6. Mantida a pena definitiva do segundo agravante em 6 anos de reclusão, "o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante" (HC 361.407/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe de 2/9/2016).
7. Agravo regimental desprovido.
(STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1672657/RO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A exasperação da reprimenda-base com fundamento na natureza e na quantidade de drogas apreendidas evidencia que as instâncias ordinárias atuaram, justamente, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem dentro do seu livre convencimento motivado apontou elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Não há bis in idem na dosimetria da pena, quando, para justificar a impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são mencionados, além da quantidade de drogas apreendidas, outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

(...) 5. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) 5. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

6. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020)

Em sentido idêntico: STJ, HC 578.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020; STJ, AgRg no REsp 1850353/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS

JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020; STJ, AgRg no HC 579.416/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020; STJ, HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 3,5 toneladas de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 4 mil tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar vultosa quantidade de entorpecentes, o réu inseriu-se em uma rede de distribuída de maconha em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Não se pode olvidar que, segundo informado pelo próprio acusado em seu interrogatório, as substâncias foram obtidas em outro estado da federação a reforçar o seu envolvimento com a rede de distribuição. Por fim, consigne-se que o próprio acusado admitiu que receberia pagamento para tanto. Evidente a sua dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

O regime fechado, fixado em sentença, não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais. Aliás, a fixação do aumento foi aquém da proporcionalidade que a resposta punitiva comportava. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

No mais, a defesa requer seja o réu dispensado do pagamento da pena de multa aplicada. A hipossuficiência da acusada não afasta a aplicação da pena de multa, pois se trata de sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade ou mesmo em pena restritiva de direitos foi eliminada

com o advento da Lei 9.298/96. O fundamento se dá no sentido de que a sua conversão violaria o princípio da legalidade.

Dessa forma, a miserabilidade do condenado não autoriza a isenção ou dispensa do pagamento da multa que no caso, foi fixada no patamar mínimo, já considerada a sua situação econômica. Nesse sentido: **STJ, REsp 828.333/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 403.**

Com relação ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, observo que já foi concedido em sentença, razão pela qual mostra-se prejudicado seu exame em grau recursal.

2.4.2. Apelante Daiane

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 1/6, obtendo-se a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa. A defesa pugna pela fixação da reprimenda no mínimo legal.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em aproximadamente 3,5 toneladas de maconha, haxixe e skunk. O aumento, é certo, foi extremamente acanhado considerando-se a expressiva quantidade de drogas. O silêncio do Ministério Público quanto ao tema impede qualquer modificação em sede recursal sob pena de violação da proibição da *reformatio in pejus*.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase foi reconhecida a causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, exasperando-se a reprimenda em 1/6. Assim, obtém-se a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 680 dias-multa.

Ainda foi afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou, para além da incompatibilidade com a concomitante condenação pelo delito associativo, a presença de elementos indicativos de que a acusada se dedicava a atividades criminosas, desempenhando relevante papel na cadeia distributiva de entorpecentes⁵. A defesa pugna pela concessão do redutor alegando que a ré preenche os requisitos legais e que a quantidade já foi utilizada na primeira fase da dosimetria.

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.**

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras

⁵ Assim fundamentou: Na terceira fase, não há causas de diminuição de pena a serem aplicadas, tampouco a do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois, além da **evidente incompatibilidade objetivo-subjetiva com o crime autônomo de associação, o tráfico sob análise não se tratou, em absoluto, de algo isolado, eventual ou meramente incipiente** a que visa o enfocado benefício legal, pois **a forma em que as drogas foram encontradas (numerosas embalagens de drogas sobre a carga de milho), demonstra que os réus desempenharam papéis relevantes na cadeia delitiva do tráfico interestadual, em empreitada criminosa que demonstra envolvimento na atividade criminosa**. Não há como comparar a atuação dos réus com a mera atividade de “mula” do tráfico: os réus foram as peças centrais em torno das quais giraram as engrenagens do intrincado sistema de transporte e distribuição de mais de três toneladas e meia de drogas, envolvendo guarda, carregamento, fiscalização e escolta. Saliente-se, ainda, que a sobredita causa de diminuição de pena deve incidir em situações específicas, quando patente que o tráfico apurado cuidou-se apenas de um desvio nas vidas dos réus e não de uma repetição de fato análogo, de sorte a prestigiar o indivíduo neófito no mundo do crime e para que a este não regresse, o que, repita-se, não é o caso aqui tratado, sob pena de, por via transversa, servir como verdadeiro incentivo à reincidência, tamanho o poder lucrativo das drogas e o persuasivo do meio (fls. 482).

circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimentava vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: **STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1672657/RO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020; STJ, AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020; STJ, AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020.**

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 3,5 toneladas de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 4 mil tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar vultosa quantidade de entorpecentes, a ré inseriu-se em uma rede de distribuída de maconha em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Não se pode olvidar que, segundo informado pelo corréu, as substâncias foram obtidas em outro estado da federação a reforçar o seu envolvimento com a rede de distribuição. Evidente a sua dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

Reconhecida, por fim, a participação de menor importância, observo que a colaboração prestada pela ré consistiu no mero acompanhamento do corréu com a finalidade de minimizar as chances de serem abordados pelas autoridades fiscalizatórias. Não participou das negociações para a contratação do frete, tampouco foi a responsável por conduzir o veículo de carga. Assim, aplico a redução em seu maior patamar, qual seja, 1/3, restando a pena de 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão e o pagamento de 388 dias-multa.

O regime fechado não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais.

Aliás, a fixação do aumento foi aquém da proporcionalidade que a resposta punitiva comportava. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

No mais, a defesa requer seja a ré dispensada do pagamento da pena de multa aplicada. A pretensão é incabível. A hipossuficiência da acusada não afasta a aplicação da pena de multa, pois se trata de sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade ou mesmo em pena restritiva de direitos foi eliminada com o advento da Lei 9.298/96. O fundamento se dá no sentido de que a sua conversão violaria o princípio da legalidade.

Dessa forma, a miserabilidade do condenado não autoriza a isenção ou dispensa do pagamento da multa que no caso, foi fixada no patamar mínimo, já considerada a sua situação econômica. Nesse sentido: **STJ, REsp 828.333/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 403.**

Com relação ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, observo que já foi concedido em sentença, razão pela qual mostra-se prejudicado seu exame em grau recursal.

3. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso e, no mérito, **dou-lhes parcial provimento para: a) absolver os apelantes da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 35, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; b) reconhecer a participação de menor importância com relação a Daiane, reduzindo a reprimenda em 1/3; c) readequar a reprimenda imposta a JUCIELI ALVES DA SILVA para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias-**

multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, combinado com art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006; d) readequar a reprimenda imposta a DAIANE DIAS CAETANO para 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 388 dias-multa, no mínimo legal, como incursa no art. 33, caput, combinado com o art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 29, §1º, do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença em seus termos.

A prisão preventiva de **Jucieli** deve ser mantida. Os fatos apurados são especialmente graves diante da expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do apelante. As circunstâncias judiciais desfavoráveis, aliás, justificaram a exasperação da pena-base diante da maior reprovabilidade da ação. A gravidade concreta da ação delituosa escancara o risco de comprometimento da ordem pública. **Mantenho a custódia.**

MARCOS ZILLI

Relator