



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000003157

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1508381-78.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados JHONNY ARIEL COA, LUIS GUSTAVO CRUZ CHOQUETICLLA, TANIA VALENCIA QUENAYA, MARISNEY DURAN SORUCO, VIRGINIA ORTIZ CAMPOS, RUTH FERNANDES GARCIA e LUIS MARIO FLORES ORTIZ, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso ministerial, deram parcial provimento aos recursos de Jhonny Ariel Coa, Ruth Fernandes Garcia, Luis Mario Flores Ortiz, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Marisney Duran Soruco, Tania Valencia Quenaya e Virginia Ortiz Campos, para, mantida a absolvição por infração ao artigo 35 da Lei nº 11.343/06 e a condenação por infração ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06, fixar a pena de Jhonny Ariel Coa, Ruth Fernandes Garcia, Luis Mario Flores Ortiz, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Marisney Duran Soruco, Tania Valencia Quenaya e Virginia Ortiz Campos em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no mínimo legal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) E ANA ZOMER.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

FLAVIO FENOGLIO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

1ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1508381-78.2024.8.26.0228 — São Paulo

Apelantes: Jhonny Ariel Coa, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Tania Valencia Quenaya, Marisney Duran Soruco, Virginia Ortiz Campos, Ruth Fernandes Garcia, Luis Mario Flores Ortiz e Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Jhonny Ariel Coa, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Tania Valencia Quenaya, Marisney Duran Soruco, Virginia Ortiz Campos, Ruth Fernandes Garcia, Luis Mario Flores Ortiz e Ministério Público do Estado de São Paulo

Juíza prolatora: Dra. Fabiola Oliveira Silva

Voto nº 4.290

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS
DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO.**

I. Caso em Exame

1. Apelações interpostas contra sentença que condenou os réus por tráfico de drogas, impondo penas de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime semiaberto e 583 dias-multa, absolvendo-os da acusação de associação para o tráfico.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; (ii) a adequação do regime prisional; (iii) a viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; (iv) a existência de elementos suficientes para a condenação por associação para o tráfico.

III. Razões de Decidir

3. A prova colhida não demonstrou a estabilidade e permanência necessárias para a configuração do crime de associação para o tráfico.

4. Os réus fazem jus à aplicação da causa de diminuição de pena, pois são primários, com bons antecedentes e não há provas de que integrem organização criminosa. A redução da pena foi fixada no patamar de 1/6, considerando o papel desempenhado no esquema criminoso e a gravidade dos atos.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso ministerial desprovido; recursos dos réus parcialmente providos apenas para aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. Tese de julgamento: 1. A ausência de estabilidade e permanência afasta a condenação por associação para o tráfico. 2. A condição de "mula" não impede a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, caput, § 4º, art. 35; Código Penal, arts. 59, 68; Código de Processo Penal, art. 386, VII.

Jurisprudência Citada:

STF, HC nº 154.694/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 04.02.2020;

STJ, AgRg no HC nº 721.055/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.03.2022;

STJ, HC nº 420897, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12.12.2017;

STJ, HC nº 479.977, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14.05.2019;

STJ, AgRg no AREsp n. 2.294.711/RO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22.10.2024;

STJ, AgRg no HC nº 849.305/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.09.2023.

STJ, AgRg no AREsp n. 2.656.979/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, 5ª Turma, j. 27.11.2024;

STJ, AgRg no AREsp n. 2.522.698/SP, Rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª Turma, j. 03.12.2024;

STJ, AgRg no AREsp n. 2.406.597/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 03.12.2024.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 611/622, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal movida em face de **JHONNY ARIEL COA, LUIS GUSTAVO CRUZ CHOQUETICLLA, TANIA VALENCIA QUENAYA, MARISNEY DURAN SORUCO, VIRGINIA ORTIZ CAMPOS, RUTH FERNANDES GARCIA e LUIS MARIO FLORES ORTIZ**, condenando-os por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso V, todos da Lei nº 11.343/2006, impondo às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e 583 dias-multa, no mínimo legal, absolvendo-os da acusação de infração ao artigo 35 “*caput*” da Lei nº 11.343/2006 com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Em suas razões (fls. 658/661), os réus Luis Mario Flores Ortiz, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Marisney Duran Soruco, Tania Valencia Quenaya e Virginia Ortiz Campos pleitearam, em síntese, a aplicação da causa de diminuição estampada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em suas razões (fls. 714/720), o réu Jhonny Ariel Coa, pleiteou, em síntese, a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, o abrandamento do regime prisional e a

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Ministério Público (fls. 728/736), postulou a condenação dos réus também como incurso no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Por seu turno, a ré Ruth Fernandes Garcia pleiteou, em síntese, a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, o reconhecimento da atenuante de confissão, a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a detração da pena (fls. 756/772).

Regularmente processados os recursos interpostos, com o oferecimento das contrarrazões (fls. 777/789, 793/797, 806/810 e 812/818), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento dos apelos (fls. 843/855).

É o relatório.

Narra denúncia (fls. 01/06) que “30 de março de 2024, por volta das 23h00, na Rua Joaquim Carlos, nº 1345 – Ponte Pequena”, em São Paulo/SP, os réus “LUIS MÁRIO FLORES ORTIZ, boliviano, qualificado às fls. 12/13 e 94, trouxe consigo e guardou, vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 1089,5g (mil e oitenta e nove gramas e

cinco decigramas) de cocaína, acondicionada em dois invólucros plásticos escondidos em seus tênis, JHONNY ARIEL COA, boliviano, qualificado às fls. 10/11 e 93, trouxe consigo e guardou, vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 1330,1g (mil, trezentos e trinta gramas e um decigrama) de cocaína, acondicionada em dois invólucros plásticos escondidos em seus tênis, LUIS GUSTAVO CRUZ CHOQUETICLLA, boliviano, qualificado às fls. 14/15 e 95, trouxe consigo e guardou, vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 1390,2g (mil, trezentos e noventa gramas e dois decigramas) de cocaína, acondicionada em dois invólucros plásticos escondidos em seus tênis, MARISNEY DURAN SORUCO, boliviana, qualificada às fls. 20/21 e 97, trouxe consigo e guardou, vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 1014,2g (mil e quatorze gramas e dois decigramas) de cocaína em formato de tijolo, oculta em suas vestes, RUTH FERNANDES GARCIA, boliviana, qualificada às fls. 22/23 e 92, trouxe consigo e guardou, vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 1325,8g (mil, trezentos e vinte e cinco gramas e oito decigramas) de cocaína, acondicionada em dois invólucros plásticos escondidos em seus tênis, TANIA VALENCIA QUENAYA, boliviana, qualificada às fls. 16/17 e 96, trouxe consigo e guardou, vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 996,8g (novecentos e noventa e seis gramas e oito decigramas) de cocaína, acondicionada em dois invólucros plásticos escondidos em seus tênis, e VIRGINIA ORTIZ CAMPOS, boliviana, qualificada às fls. 18/19 e 98, trouxe consigo e guardou,

vindo de Campo Grande/MS, para fornecimento a terceiros, 982,1g (novecentos e oitenta e dois gramas e um decigrama) de cocaína, acondicionada em dois invólucros plásticos escondidos em seus tênis, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme boletim de ocorrência de fls. 24/34, auto de exibição e apreensão de fls. 50/53, laudo de constatação de fls. 42/49 e laudo de exame químico toxicológico de fls. 265/268”.

Ademais, descreve a inicial acusatória que “antes e até 30 de março de 2024, por volta das 23h00, na Rua Joaquim Carlos, nº 1345 – Ponte Pequena, em São Paulo/SP, “LUIS MÁRIO FLORES ORTIZ, boliviano, qualificado às fls. 12/13 e 94, JHONNY ARIEL COA, boliviano, qualificado às fls. 10/11 e 93, LUIS GUSTAVO CRUZ CHOQUETICLLA, boliviano, qualificado às fls. 14/15 e 95, MARISNEY DURAN SORUCO, boliviana, qualificada às fls. 20/21 e 97, RUTH FERNANDES GARCIA, boliviana, qualificada às fls. 22/23 e 92, TANIA VALENCIA QUENAYA, boliviana, qualificada às fls. 16/17 e 96, e VIRGINIA ORTIZ CAMPOS, boliviana, qualificada às fls. 18/19 e 98, todos agindo em comum e em unidade de desígnios, entre si e em face de outras pessoas do grupo, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06” (fl. 04).

Ainda de acordo com a peça vestibular, “policiais civis receberam informações privilegiadas acerca da

ocorrência de transações de drogas e/ou armas na região central de São Paulo/SP, transportadas em veículos de pequeno porte e, durante os trabalhos de campo, a equipe policial recebeu novo informe sobre o transporte de drogas no interior de um ônibus de viagem oriundo de Corumbá/MS. Em posse da informação, os policiais visualizaram um ônibus recém-chegado de Corumbá/MS e, em razão da fundada suspeita de transporte de drogas no interior do coletivo, os agentes policiais procederam à interceptação do veículo. Inicialmente, franqueado o acesso ao compartimento de bagagens pelos motoristas Adonelson e Luciano, nada foi encontrado pelos policiais e pelo cão farejador que os acompanhava”.

Além disso, a exordial assinala que “Solicitado o desembarque dos passageiros, os policiais notaram que sete passageiros, ora denunciados, todos estrangeiros, caminhavam com dificuldade, o que despertou a atenção policial. Indagados sobre o transporte de drogas, os denunciados demonstraram aparente nervosismo, o que motivou a busca pessoal em LUIS MÁRIO, JHONNY e LUIS GUSTAVO, sendo encontrado dentro de cada tênis que eles calçavam um invólucro com cocaína, confeccionado de forma a substituir a estrutura inferior dos calçados. Em vistoria aos calçados de RUTH, TANIA e VIRGINIA, também foi encontrado dentro de cada tênis que elas calçavam um invólucro com cocaína, igualmente confeccionado de forma a substituir a estrutura inferior dos calçados. Em vistoria ao calçado de MARISNEY, que também

caminhava com dificuldade, nada foi encontrado, mas em busca realizada na delegacia por guarda civil do sexo feminino, foi encontrado oculto em suas vestes um tijolo de cocaína, o que ensejou a prisão em flagrante dos sete denunciados. Todos os denunciados, cada qual, portavam aparelhos celulares, e TANIA a quantia de R\$ 32,00” (fl. 05).

Por fim, a inicial acusatória aduz que “*todos os denunciados associaram-se, de forma estável e organizada, porque todos são oriundos do mesmo País e necessitaram de se organizar para confeccionar as estruturas específicas dos tênis, que exigiu se adequar ao número de calçado de cada um (3 homens e 3 mulheres), e a ocultação no corpo da 4 agente feminina, a demonstrar que agiram de forma preordenada. Evidencia-se ainda que estavam associados a outros agentes, tanto no País de Origem, quanto no Brasil, eis que necessitavam ter uma rede de contatos para obtenção, armazenamento e distribuição das drogas*”.

Eis as alegações que alicerçam a denúncia.

Inicialmente, quanto ao crime de associação para o tráfico, consigne-se que, tal como o delito de associação criminosa, descrito no artigo 288 do Código Penal, cuida-se de crime plurissubjetivo que pressupõe a união de pessoas visando à delinquência.

Assim, *“Trata-se de crime de concurso necessário de condutas paralelas, porque os envolvidos ajudam-se na prática do delito. Diverge do crime comum de associação criminosa, que pressupõe o envolvimento de pelo menos três pessoas¹”*.

Nesse diapasão, a análise da infração penal prevista no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, exige atenção rigorosa aos elementos constitutivos do tipo penal, notadamente o vínculo associativo caracterizado pela estabilidade e permanência entre os agentes. Tais elementos são imprescindíveis para distinguir essa figura típica do concurso eventual de pessoas uma vez que o tipo penal supramencionado não se compatibiliza com reuniões ocasionais de agentes para fins ilícitos. Sobre o tema, Cleber Masson elucida que:

*A locução “reiteradamente ou não”, prevista no caput do art. 35, pode levar o intérprete à errônea conclusão segundo a qual a mera reunião de duas pessoas, sem vínculo associativo (estabilidade), para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, já seria suficiente para caracterizar a associação para o tráfico. De fato, essa situação configura concurso eventual de pessoas (coautoria ou participação), e não o crime de concurso necessário do art. 35 da Lei 11.343/2006 que, inegavelmente, reclama a **affectio criminis societatis**.*

No art. 35 da Lei de Drogas, portanto, é imprescindível o liame associativo, revestido de estabilidade e permanência entre seus integrantes. Em outras palavras, o acordo ilícito entre duas ou mais pessoas deve versar sobre

¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Legislação penal especial esquematizada / Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Júnior. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

uma duradoura, mas não necessariamente perpétua, atuação em comum para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006.

Em síntese, é consabido que, para a caracterização do delito de associação para o narcotráfico, faz-se imprescindível 'o dolo de se associar com estabilidade e permanência, uma vez que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não é suficiente para a configuração do tipo do art. 35 da Lei 11.343/2006'^{2 3} (grifo nosso).

Sob esse prisma, conforme bem ressaltou a nobre Magistrada sentenciante:

“A seu turno, a prova colhida em relação ao delito de associação para o tráfico é frágil, sendo a absolvição medida de rigor. Ainda que todos os acusados sejam de nacionalidade boliviana e tenham embarcado no mesmo ônibus na cidade de Corumbá, a prova colhida demonstra que foram aliciados por rede do tráfico de drogas na condição de “mulas”, isto é de agentes responsáveis pelo transporte de entorpecentes, sem poder de controle da atividade da organização criminosa. Nos interrogatórios descrevem os réus a quantia que lhes seria destinada pela viagem à cidade de São Paulo com os pacotes de cocaína e as instruções dadas, demonstrando que foram contratados pelos membros da organização, sendo alheios a esta.

Veja-se que nas investigações realizadas, descritas pelos policiais ouvidos, foram somente obtidas “informações de que na data dos fatos um

² “STJ: HC 461.985/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 04.08.2020. Igualmente: “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” (HC 479.977/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 14.05.2019)” Apud MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais - 3ª Edição 2022 . 3.ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

³ MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais - 3ª Edição 2022 . 3.ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

*ônibus estaria trazendo pessoas de origem boliviana que desceriam nas proximidades do Brás”, **inexistindo qualquer prova de que seriam parte de organização criminosa voltada ao tráfico. A isso se soma sua primariedade e a descrição detalhada dada de suas atividades em seus interrogatórios.***

Finalmente, conforme entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça 'é necessária a demonstração da estabilidade e da permanência da associação para a condenação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.' AgRg no HABEAS CORPUS Nº 721.055 SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 22 de março de 2022 (Data do Julgamento). Elementos estes (estabilidade de vínculo associativo e reiteração de atividades criminosas relacionadas ao tráfico) que não restaram provados nos autos” (grifo nosso, fls. 617/618).

De fato, no presente caso, o conjunto probatório não se revelou suficiente para que se pudesse reconhecer terem os apelantes se unido de modo organizado, com hierarquia de posições, atuando de forma estável e permanente para a prática do comércio de tóxicos, o que afasta a imputação de associação para o tráfico, porque para a sua caracterização, como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “*é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes*” (HC nº 420897, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 12.12.2017) e “*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” (HC nº 479.977, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14.05.2019).

Nesse sentido, “[...] **vale ressaltar que o réu desempenhara, de fato, papel imprescindível na cadeia delitiva de distribuição das drogas no território nacional. Sua conduta foi, sem o menor equívoco, de especial relevância, haja vista que, agindo em concurso com outros agentes, foi contratado para transportar grande quantidade de drogas entre estados da federação. Contudo, atuou como simples ‘mula’ no transporte dos entorpecentes, inexistindo provas que o réu integre a organização criminosa em si. Seu papel, em casos tais, é facilmente substituível por outra pessoa, daí a relevância secundária de sua conduta**” (AgRg no AREsp n. 2.294.711/RO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/10/2024, DJe de 30/10/2024, grifo no original).,

Assim, é inviável a condenação dos réus pelo delito de associação para o tráfico, dada a ausência do elemento subjetivo indispensável à configuração do tipo penal.

O recurso ministerial, portanto, não comporta provimento.

Quanto ao tráfico de drogas, muito embora o édito condenatório por infração ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06 não tenha sido objeto específico de irresignação dos apelantes, consigno que a condenação era mesmo de rigor e a sentença foi criteriosa ao avaliar os elementos de convicção e os contornos jurídicos do caso.

Posto isto, passa-se à apreciação dos apelos defensivos, restritos exclusivamente à dosimetria da pena.

Neste passo, os recursos defensivos (Luis Mario Flores Ortiz, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Marisney Duran Soruco, Tania Valencia Quenaya, Virginia Ortiz Campos Jhonny Ariel Coa e de Ruth Fernandes Garcia) comportam parcial acolhimento.

Na primeira fase, de forma correta e observados os termos dos artigos 59 e 68 do Código Penal, as reprimendas foram fixadas no mínimo legal, estabelecendo as penas-base de todos os réus (Jhonny Ariel Coa, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Tania Valencia Quenaya, Marisney Duran Soruco, Virginia Ortiz Campos, Ruth Fernandes Garcia e Luis Mario Flores Ortiz) em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Reconhecidas as atenuantes de confissão (para todos os réus) e da menoridade relativa (de Tania Valencia

Quenaya e de Luis Mario Flores Ortiz), as penas mantiveram-se no mesmo patamar⁴.

Na terceira fase, foi corretamente reconhecida a incidência do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06, posto que caracterizado o tráfico entre Estados da Federação (de Mato Grosso do Sul para São Paulo), estabelecendo as penas em:

JHONNY ARIEL COA: 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

LUIS GUSTAVO CRUZ CHOQUETICLLA: 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

TANIA VALENCIA QUENAYA: 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

MARISNEY DURAN SORUCO: 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

VIRGINIA ORTIZ CAMPOS: 5 (cinco)

⁴ Ressalte-se que não é possível, nesta fase, a fixação da pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

RUTH FERNANDES GARCIA: 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

LUIS MARIO FLORES ORTIZ: 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Dando sequência, verifica-se que foi afastada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Respeitado o entendimento da ilustre Magistrada sentenciante, os recorrentes fazem *jus* à benesse, uma vez que foram preenchidos todos os requisitos legais, quais sejam, a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de provas de que os réus integrem organização criminosa ou se dediquem à atividades ilícitas.

Nesse sentido, muito embora constem aparentes indícios, não há comprovação efetiva nos autos de que se tratavam de traficantes habituais e que se dedicavam a atividades criminosas.

Ademais, “*Para fins de não aplicação da*

redução de pena contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena” (AgRg no HC nº 154.694/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Edson Fachin, Red. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 4.2.2020, Informativo 965).

Outrossim, embora os réus estivessem transportando relevante quantidade de drogas, o conjunto probatório não permite concluir que eles integrassem organização criminosa ou que se dedicassem com habitualidade à prática de crimes. Todos são primários e, ao que tudo indica, teriam atuado no transporte de tóxicos somente na ocasião referida na denúncia, de modo que fazem *jus* ao benefício.

Sobre o tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o ‘mero transporte eventual ou esporádico de droga - ainda que em grandes quantidades-, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento do agente com organização criminosa, não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006’ (AgRg no AREsp n. 2.321.950/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.) 4. No caso dos autos, o Tribunal local utilizou-se do fato de o paciente ter realizado transporte interestadual de elevada quantidade de entorpecente - 6,25 kg (seis quilos e vinte e cinco gramas) de

cocaína para negar a aplicação do benefício ao réu. Entretanto, da leitura dos autos, não se verifica a presença de outros elementos que permitam concluir com clareza a dedicação ao tráfico de forma habitual, revelando-se inidônea, em consequência, a motivação utilizada para a negativa do privilégio.” (AgRg no HC nº 849.305/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 19.9.2023, DJe de 26.9.2023).

À vista disso, por agora, é possível reconhecer que os réus preenchem os requisitos do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. No mesmo sentido, assim já se julgou esta Colenda 1ª Câmara de Direito Criminal:

*“APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS (E RESISTÊNCIA) CONDENAÇÃO RECURSO DAS DEFESAS MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DEPOIMENTOS COESOS DAS TESTEMUNHAS VERSÃO DOS APELANTES ISOLADAS NOS AUTOS CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PROVADO [...] PENAS REVISTAS PARA O TRÁFICO DE DROGAS APLICADO O REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LD PARA O TRÁFICO DE DROGAS COM MODULAÇÃO EM 2/3 FIXADO O REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS”.
Apelação Criminal nº 1502352-95.2023.8.26.0535. Rel. Alberto Anderson Filho. DJe 20/08/2024.*

“TRÁFICO DE DROGAS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra da testemunha de acusação e confissão judicial da ré MAYARA. Conjunto probatório firme e coeso. Condenações mantidas. Pena de VICTOR inalterada. Pena de

MAYARA reduzida pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Fixação do regime aberto à ré e substituição da sua pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Apelo de VICTOR desprovido e apelo de MAYARA”. Apelação Criminal nº 1500823-59.2022.8.26.0411. Rel. Diniz Fernando. DJe 19/06/2024.

“APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PENA BEM APLICADA - REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA MANTIDOS RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. Trecho do voto: “Foi aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, corretamente, pois satisfeitos os requisitos legais, em 1/2, isso porque a pena-base não foi majorada quanto a quantidade e diversidade da droga (maconha, cocaína e crack). Não há qualquer motivo para afastar o redutor, eis que não há indícios de o réu fazer do tráfico sua ocupação habitual, ele é primário e não possui Maus antecedentes.” Apelação Criminal nº 1508688-32.2024.8.26.0228. Rel. Alberto Anderson Filho. DJe 22/07/2024.

Contudo, a fixação do *quantum* relativo ao redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas também deve ser feito com base em uma análise criteriosa e individualizada dos elementos constantes nos autos.

No presente caso, embora não haja provas suficientes de que os agentes se associaram de forma estável e permanente para a prática delitiva, o conjunto probatório revela que estes atuaram conscientemente a serviço de um grupo estruturado, desempenhando a função vulgarmente conhecida como “mula”. Notadamente, essa atuação, ainda que periférica, caracteriza a prática de tráfico de drogas e reflete a gravidade

concreta das condutas.

Diante disso, a redução da pena no patamar mínimo de 1/6 revela-se adequado e proporcional, considerando o papel desempenhado no esquema criminoso, a gravidade dos atos e os princípios da proporcionalidade e individualização das penas.

Assim, diante das peculiaridades do caso e da análise dos elementos fáticos e probatórios, a redução deve ser limitada ao patamar de 1/6, por inexistirem fundamentos concretos que justifiquem uma diminuição mais acentuada⁵.

Aliás, o referido entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, ao analisar situação semelhante, decidiu que⁶:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO D E ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO AFASTADA APENAS PELA QUANTIDADE DE DROGA E PELA CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. FRAÇÃO DE 1/6. ADEQUAÇÃO. [...] Na espécie, o fundamento de que o agente transportava grande quantidade de droga a serviço de terceiros não se presta a sustentar o afastamento da benesse, uma vez que evidencia, de plano, apenas a **condição de**

⁵ No mesmo sentido, assim já julgou o Pretório Excelso: “[...] **Irretocável a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto), diante da circunstância concreta de que o paciente, na condição de desempenhar papel vulgarmente conhecido como “mula”, apesar de não integrar, de forma estável e permanente, a organização criminosa, “age com pleno conhecimento de estar a serviço de um grupo dessa natureza” [...].** (HC 120985, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07-10-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014).

⁶ Ainda: AREsp n. 2.656.979/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 27/11/2024, DJe de 12/12/2024; AgRg no AREsp n. 2.522.698/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 3/12/2024, DJe de 11/12/2024 e AgRg no AREsp n. 2.406.597/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 3/12/2024, DJe de 9/12/2024.

mula e não de dedicação a atividades criminosas. E, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condição de mula, per se, não tem o condão de impedir o reconhecimento do privilégio em comento, de modo que faz jus o agravado à incidência da minorante na fração de 1/6. 4. Agravo regimental desprovido". (AgRg no HC n. 842.630/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 21/12/2023, grifo nosso).

O regime inicial de cumprimento de pena foi corretamente estabelecido no semiaberto, nada havendo que se alterar. Não obstante a primariedade dos réus, o regime intermediário revela-se o mais adequado ao caso concreto, em conformidade com o disposto no artigo 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal, considerando que a pena imposta supera o limite de 4 (quatro) anos.

À luz da interpretação sistemática dos artigos 44 e 77 do Código Penal, constata-se a inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como da concessão do benefício da suspensão condicional da pena, em razão do não atendimento dos requisitos legais exigidos.

Assim, as reprimendas definitivas são estabelecidas em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto à detração, requerida por Ruth Fernandes Garcia, consigna-se que esta deverá ser pleiteada

perante o Juízo das Execuções, por ser o competente para análise da matéria, nos termos do artigo 66, inciso III, da Lei de Execuções Penais.

Visando conferir máxima concreção aos princípios da celeridade, economia e razoável duração do processo, consideram-se prequestionados neste grau de jurisdição, para o fim de viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, os dispositivos legais e ou constitucionais citados nesta decisão, independentemente de sua transcrição literal.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao recurso ministerial, **dá-se parcial provimento** aos recursos de Jhonny Ariel Coa, Ruth Fernandes Garcia, Luis Mario Flores Ortiz, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Marisney Duran Soruco, Tania Valencia Quenaya e Virginia Ortiz Campos, para, **mantida a absolvição por infração ao artigo 35 da Lei nº 11.343/06 e a condenação por infração ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06**, fixar a pena de **Jhonny Ariel Coa, Ruth Fernandes Garcia, Luis Mario Flores Ortiz, Luis Gustavo Cruz Choqueticlla, Marisney Duran Soruco, Tania Valencia Quenaya e Virginia Ortiz Campos em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa**, no mínimo legal.

Em atenção ao parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comunique-se o Juízo da Execução sobre a referida alteração.

Flavio Fenoglio
Relator