



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000391941

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502976-83.2024.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante IGOR DA SILVA ANDRADE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para afastar a nota de mau antecedente e reduzir as penas para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso, mantido o regime fechado**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), SÉRGIO MAZINA MARTINS E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

AMABLE LOPEZ SOTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação: Autos nº 1502976-83.2024.8.26.0544
Comarca: Franco da Rocha – Vara Criminal
Apelante: Igor da Silva Andrade
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 36301

Apelação. Tráfico ilícito de drogas. Autoria, materialidade e intuito de tráfico demonstrados. Ingestão de drogas. Retorno à penitenciária após saída temporária. Prova pericial. Réu confesso e depoimentos corroborantes. A defesa, que alega coação por integrantes de grupo criminoso no sistema penitenciário, não se desincumbiu do ônus probatório. Dosimetria. Afastada a nota de maus antecedentes diante do ilegal deslocamento da reincidência para a primeira fase da dosimetria. Ponderação da confissão espontânea com a reincidência. Manutenção do aumento de pena mínimo fundamentado no artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, em razão de o crime ter sido cometido nas dependências de estabelecimento prisional. Regime fechado mantido. Apelo parcialmente provido.

IGOR DA SILVA ANDRADE foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, às penas de 6 anos e 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no mínimo (fls. 131/144).

Apela a Defesa pleiteando a absolvição por coação moral irresistível e insuficiência probatória (fls. 148/156).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 167/169), a Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento (fls. 180/184).

É o relatório.

O réu foi condenado porque, no dia 23 de setembro de 2024, por volta das 12h06min, na Estrada do Governo, s/n, Vila Ramos, na cidade e comarca de Franco da Rocha, trazia consigo,

para entrega e consumo de terceiros, 14 porções de entorpecentes sintéticos não identificados e 50 porções de maconha (60,96g), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta da denúncia que o acusado, após ser beneficiado com a saída temporária, ocultou as substâncias ilícitas mencionadas em seu organismo, retornando ao Centro de Progressão Penitenciária. A presença das substâncias foi constatada por meio de radiografia, e, posteriormente, o réu foi conduzido à UPA local.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 1), boletim de ocorrência (fls. 2/4), auto de exibição e apreensão (fls. 10), laudo de constatação (fls. 15/17), laudo definitivo (fls. 55/57), bem como pela prova oral.

A prova oral produzida em Juízo encontra-se encerrada em arquivos de áudio e vídeo anexados as fls. 125/127.

A autoria, por sua vez, é inegável.

As testemunhas Fábio Bispo dos Santos (fls. 7) e Evanildo Pereira dos Santos (fls. 8) relataram à polícia que o acusado, na condição de presidiário, regressou da saída temporária previamente agendada trazendo entorpecentes em seu trato digestivo. A conduta foi inicialmente apurada por meio de radiografia, realizada no setor de ingresso da unidade. Após a constatação, ele foi encaminhado à UPA, onde permaneceu internado até expelir o último invólucro contendo entorpecentes. Em juízo, explicaram que foram responsáveis por buscá-lo na UPA e levá-lo à Delegacia para registrar o boletim de ocorrência. Souberam por terceiros sobre o processo de verificação por escâner. Não se comunicaram com o acusado. Mencionaram que, no dia dos fatos, outras pessoas foram apreendidas em situações semelhantes. Fábio relatou ainda que é comum que reeducandos contraíam dívidas dentro da unidade.

O réu (fls. 9), em sede policial, manteve-se em silêncio e, sob o crivo do contraditório, admitiu que estava com as substâncias ilícitas em seu estômago, mas justificou que estava sendo ameaçado devido a dívidas. Relatou que foi sugerido que transportasse as drogas, ficou com medo e decidiu não os ingerir. Contudo, na entrada da unidade, foi abordado por Felipe (a quem devia) e dois comparsas,

sentindo-se coagido. Passou mal, despertando atenções. Ressaltou que não havia motivos para praticar o ato, uma vez que estava prestes a progredir de pena.

Sendo estas as provas produzidas, **a condenação era mesmo de rigor.**

O acusado, após ser submetido a radiografia, teve a ingestão de corpo estranho constatada, motivo pelo qual foi encaminhado à UPA, permanecendo no local até expelir completamente o material, tendo-se confirmado, por meio de análise pericial, tratar-se de substâncias ilícitas. Dessa forma, não merece acolhida a alegação de insuficiência probatória, especialmente porque o próprio réu confessou os fatos em juízo, sendo sua versão corroborada pelos depoimentos harmônicos e coerentes dos agentes de segurança penitenciária.

No tocante à alegação de que teria havido coação por parte de integrantes de grupo criminoso atuante dentro do sistema penitenciário, cabe destacar que competia exclusivamente à Defesa o ônus probatório, incumbindo-lhe demonstrar a existência, ou ao menos criar dúvida razoável, quanto às ameaças ou à coação sofrida. Conforme narrado pelo réu, a suposta abordagem coercitiva teria ocorrido nas intermediações da unidade prisional, local onde, habitualmente, existem mecanismos eficazes de vigilância, como câmeras de segurança.

Desse modo, não se há que se falar em aplicação da inexigibilidade de conduta diversa à falta de comprovação de que efetivamente incidia sobre ele alguma espécie de coação que impossibilitaria o agir como agiu.

Cumprе ressaltar, ademais, que a pena criminal, além de seu caráter preventivo e repressivo, desempenha uma função essencialmente ressocializadora. Nesse caso, conforme também reconhecido pelo próprio acusado, verifica-se que, ao invés de aderir aos meios institucionais oferecidos pelo Estado para sua reintegração social, optou, voluntariamente, por envolver-se com grupos criminosos internos, em busca do consumo de entorpecentes, situação que culminou na alegada dívida, reforçando comportamentos ilícitos e autodestrutivos, que, lamentavelmente, aprofundam ainda mais sua inserção em um ciclo

de dependência química e criminalidade.

Passo ao exame da dosimetria.

Na primeira fase, o juízo *a quo* majorou a pena em 1/6, para o que invocou, a título de mau antecedente, a condenação mencionada à fl. 122 (autos 1512414-19.2021.8.26.0228, com trânsito em julgado para a Defesa em 12/11/2021). Contudo, o referido processo configura reincidência. Ao utilizá-lo como mau antecedente, desconsiderou o que estabelece o artigo 68, do Código Penal, resultando em um aumento duplo da pena.

Desse modo, impõe-se afastar a nota de mau antecedente, diante do ilegal deslocamento de agravante genérica para a primeira fase da dosimetria, **retornando a pena-base no mínimo**.

Está-se diante de mais uma situação que se tem visto na reiterada e cansativa apreciação de casos análogos: cada um faz do seu jeito, ao arrepio da lei. Mas e a lei? Ora, a lei...

Não se pode admitir que condenação comprobatória de reincidência seja desvirtuada e utilizada para exasperar as penas-base a título de mau antecedente.

A operação é nitidamente ilegal (afronta o critério trifásico previsto no artigo 68, do CP), violadora de noções básicas de Direito, construída ao arrepio da lei penal apenas e tão-somente com o desiderato de prejudicar o réu em processo criminal, o que em última análise legitima o malfadado direito penal do inimigo, legitimação, o que é de gerar perplexidade, que tem recebido a chancela irrefletida de membros das cortes superiores.

Cuida-se de afronta direta ao teor da Súmula n. 241, do C. Superior Tribunal de Justiça – afronta que, ultimamente, repita-se, tem partido mesmo de julgados recentes daquele Sodalício.

Velhas e boas lições, lamentavelmente, são esquecidas com o passar do tempo.

Eis o teor da Súmula em questão: “A

reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Ao editar a aludida Súmula, a antiga composição do C. Superior Tribunal de Justiça objetivou fazer cessar excessos na aplicação da pena, não os cristalizar.

Excesso verificado quando o juiz considera uma só condenação a título de mau antecedente e reincidência simultaneamente, em claro *bis in idem*. Excesso verificado também quando o juiz alça à categoria de mau antecedente a condenação que, em verdade, configura reincidência.

Ainda que utilizando outras palavras, o C. Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o disposto nos artigos 59, 63 e 68 do Código Penal, estampou o óbvio, isto é, que reincidência é reincidência e mau antecedente é mau antecedente. Institutos que não se confundem e que têm assento em fases distintas do critério trifásico de aplicação de pena.

Atente-se para um dos vários casos que inspiraram a edição, em 15 de setembro de 2000, da Súmula em comento:

A PARTE GERAL DO CODIGO PENAL, EXPRESSAMENTE, REGISTRA O SISTEMA TRIFASICO PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 68). A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E PONDERADA NA PRIMEIRA ETAPA (PENA-BASE) (ART. 59); A CIRCUNSTÂNCIA LEGAL, NA SEGUNDA (AGRAVANTE E ATENUANTE); POR FIM, AS CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO DA PENA. A REINCIDENCIA É AGRAVANTE (C.P., ART. 61, I). TEM, POR ISSO, MOMENTO CERTO DE CONSIDERAÇÃO. SE O MAGISTRADO LEVA-A EM CONTA, NA PRIMEIRA ETAPA (CP, ART. 59) COMETE ERRO. E SE A CONSIDERA TAMBEM NA SEGUNDA ETAPA, AFRONTA O PRINCIPIO - 'NE BIS IN EADEM'.[...] **Com a reforma penal, não há como confundir (quanto à natureza jurídica e**

o momento da aplicação) circunstância judicial e circunstância legal. A reincidência é agravante (C.P., art. 61, 1). Tem, por isso, momento certo de consideração: após a fixação da pena base. Se o magistrado leva-a em conta, na primeira etapa (CP, art. 59), comete erro. Se a considera duas vezes, afronta o princípio - ne bis in idem (...) - (RHC 3947/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/1994, DJ 28/11/1994) – Destaquei.

In casu, o Juízo de piso filia-se a antigo modo de proceder, superado pelo entendimento de que antecedente (art. 59, do CP – circunstância judicial) e reincidência (art. 63, do CP - agravante) são institutos que, repita-se, a teor do artigo 68 do Código Penal (que determina a repercussão de circunstância judicial na primeira fase da dosimetria e agravante na segunda), não se confundem e têm assento em momentos próprios da dosimetria, não sendo lícito ao juiz embaralhá-los e, a seu livre talante, aplicá-los em qualquer das fases.

De consignar, ademais, que não é possível deslocar a condenação indevidamente desvirtuada para a segunda fase, seu lugar de direito, porque tal modo de proceder, em recurso exclusivo da defesa, implicaria concretizar inadmissível *reformatio in pejus*.

Por último, há quem sustente que a operação vista na sentença é mais benéfica ao réu. Pois que explique como pode ser mais benéfico aumento único de 1/5 na segunda fase em decorrência de duas condenações comprobatórias de reincidência – critério usualmente empregado pela jurisprudência na situação posta – frente a aumento de 1/6 na primeira fase, a título de mau antecedente reconhecido a partir de condenação anterior desvirtuada, seguido de aumento de 1/6 na segunda fase a título de reincidência.

Na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea foi corretamente reconhecida, ponderando-se com a reincidência (0000243-23.2016.8.26.0635, pena julgada extinta em 20/06/2022, fls. 121/122), o que manteve a pena inalterada.

Por fim, o juiz corretamente aplicou o aumento de pena previsto no inciso III do artigo 40 da Lei Antidrogas, considerando a finalidade de introdução da droga nas dependências de

estabelecimento prisional, o que justifica a majoração de 1/6.

Mantenho a decisão de não aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, visto que o acusado é reincidente específico.

Refeito o cálculo, redimensionam-se as penas para 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, no mínimo – *quantum* que, aliado às razões já expostas, justifica a manutenção do regime fechado.

Por votação unânime, **DERAM PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para afastar a nota de mau antecedente e reduzir as penas para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no piso, mantido o regime fechado.

Amable Lopez Soto
relator