



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000417309

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1520135-71.2022.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante GEOVANE JUNIOR RODRIGUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E TOLOZA NETO.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9780

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1520135-71.2022.8.26.0071

Apelante: Geovane Júnior Rodrigues

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Bauru

Apelação Criminal. Tráfico de Drogas (artigo 33, caput, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória mantida. Materialidade e autoria comprovadas. Credibilidade dos relatos dos agentes penitenciários. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria escoreita. Maus antecedentes ostentados pelo apelante que impõem a exasperação da pena-base. Réu reincidente. Causa de aumento devidamente constatada. Regime fechado mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Geovane Júnior Rodrigues contra a r. sentença (fls. 229/243) que julgou procedente a ação penal para condená-lo a cumprir pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor mínimo legal, por ter violado o artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Em suas razões recursais (fls. 269/282), o apelante pugnou por sua absolvição pela coação moral irresistível ou, ainda, diante do reconhecimento de crime impossível, vez que não há possibilidade de se praticar o tráfico ilícito de drogas dentro das penitenciárias. Subsidiariamente, pleiteou pela fixação da pena-base no mínimo legal, afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, bem como pela imposição de regime mais brando para o início do cumprimento da pena.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 287/293), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo

desprovimento do apelo (fls. 302/308).

É o relatório.

Consta dos autos que **GEOVANE JÚNIOR RODRIGUES** foi processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº.11.343/06, porque, segundo consta na denúncia, no dia 04 de julho de 2022, na Rodovia SP-300, Km 353, bairro Núcleo Gasparini, em estabelecimento prisional, na cidade de Bauru, trazia consigo, 57,49 gramas de “maconha”, dividida em 37 porções, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo consta na inicial acusatória (fls. 01/04) “(...) o denunciado após retornar para a unidade prisional, depois de ter realizado trabalho externo, passou pelo scanner corporal, que acusou imagem suspeita. O denunciado, acabou por confessar aos agentes penitenciários que engoliu a mencionada droga antes de adentrar no estabelecimento prisional, e que iria expeli-los de forma espontânea. O denunciado disse que engoliu os entorpecentes, pois estava sendo coagido dentro de seu raio, por dívidas contraídas com sentenciados. O laudo definitivo, acusou a substância tetrahydrocannabinol (fl. 8-12). O denunciado possui maus antecedentes (fl. 79-81).”

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurge a apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem, em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio da portaria (fls. 06), boletim de ocorrência (fls. 07/08), auto de exibição e apreensão (fls. 09), laudo pericial definitivo (fls. 12/16), que atestou que a substância apreendida era proibida, procedimento administrativo disciplinar (fls. 24/60), relatório final (fls. 61/62), bem assim pelas demais provas produzidas em Juízo sob o crivo do contraditório.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas em Juízo pelas testemunhas Cleber Carlos Evangelista e Leonildo Alves Macedo (fls. 193 – mídia audiovisual).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pela d. Magistrada sentenciante, posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(…) Em juízo, a testemunha policial penal Cleber Carlos Evangelista declarou, em síntese, que, no dia dos fatos, o réu retornou do trabalho e passou pelo “body scanner”. Nesse momento, apareceu uma “imagem suspeita”. Após, o acusado se prontificou a expelir os invólucros de maconha. Presenciou os fatos e realizou o “comunicado de evento”. As drogas foram expelidas pelo acusado no mesmo dia, na “cela de inclusão”. Todos os presos que retornam do trabalho externo passam pelo “scanner corporal”. São rotineiras abordagens semelhantes ao do acusado. Os detentos que estão em poder de entorpecentes, ao passarem pelo scanner corporal, são surpreendidos na prática desse ato (fls. 193).

Em juízo, a testemunha policial penal Leonildo Alves Macedo disse, de forma abreviada, que os detentos que retornam do trabalho externo são submetidos ao scanner corporal. Ao passar pelo scanner, foi detectada “imagem suspeita” no estômago do acusado. Ato contínuo, o réu, prontamente, informou que tinha “engolido” porções de maconha. O acusado foi levado até a “cela de inclusão”, onde expeliu os entorpecentes. Somente o réu estava presente nessa cela. Não são todos os presos que passam pelo scanner corporal, após o retorno do trabalho externo, haja vista a grande quantidade de detentos. Apenas alguns detentos são submetidos, de forma aleatória, ao scanner corporal. De dez detentos, apenas cinco são submetidos ao scanner corporal (fls. 193).” (g.n.)

Vale salientar ausente qualquer indicativo de que pretendessem os funcionários públicos, por qualquer motivo, incriminar falsamente inocente, razão pela qual redobrada a credibilidade que merecem os depoimentos tomados, livres de

dúvidas. Sobre a idoneidade dos depoimentos tomados, importante destacar:

“ENTORPECENTE - Tráfico – Prova Fato acontecido no interior de estabelecimento penal - Depoimento de agentes penitenciários - Validade - Testemunhos idôneos e ajustados aos outros fatores de convicção – Apelação improvida” (Apelação Criminal nº 271.002-3 - Bauru - 4ª Câmara Criminal – Relator Desembargador HAROLDO LUZ - 9/NOV/99 - v.u.).

Assim, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes penitenciários não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. **Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.** 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016 – g.n.).

Os agentes descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, motivadas pelo combate ao crime, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da apreensão da droga engolida pelo recorrente. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido pelos agentes penitenciários não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Logo, os relatos dos agentes são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

O apelante, por sua vez, no bojo do procedimento administrativo disciplinar, narrou que os fatos são verdadeiros, acrescentando que “(...) *engoliu os invólucros de maconha pois estava sendo coagido dentro do raio por ter contraído dívidas com os sentenciados de vulgo 'Gordão quebrada Bauru' e 'Cara preta quebrada Rio Claro. (...)*” (fls. 39/40).

Em Juízo (fls. 191/192), não respondendo ao chamamento judicial, foi declarado revel.

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado à apelante, pelos elementos da prova testemunhal e pela droga apreendida – 57,49 gramas de maconha, divididas em 37 porções –, aliados à forma como estava acondicionada a substância proibida.

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o réu trazia consigo substância ilícita, a condenação é medida impositiva, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, “*para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente*” (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA,

julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Oportuno registrar, ainda, que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* (TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câ. Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010). *“O tipo penal de tráfico é de conteúdo variado ou misto alternativo, pois qualquer das condutas escritas tipifica o delito. Assim, mesmo que o agente não tenha comercializado a droga, a simples guarda é suficiente para que se configure o tráfico de entorpecentes”* (TJRS, Ap. 697.020.717, Câ., j. 30-4-1997, Rel. Des. Érico Barone Pires, RT 745/633). Nesse sentido: *“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime”* (TJSP - Apelação criminal nº 911.741.3/0, Rel.: Exmo. Des. FÁBIO GOUVEIA).

Nesse ponto, cumpre registrar que a afirmação feita de coação moral, além de não demonstrada, não corporifica excludente da culpabilidade, pois *“é fundamental buscar, para a configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator”*, como leciona o Exmo. Des. Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Comentado, 9ª edição, Revista dos Tribunais, 2009, p. 234.

No mesmo sentido: *“Para ser aceita como excludente de culpabilidade, a coação moral irresistível deve ser substancialmente comprovada por elementos concretos existentes no processo, não bastando a simples alegação dada pelos próprios réus, especialmente quando a descrição dos fatos por eles fornecida encontra-se rebatida veementemente por prova em contrário”* (RT - 813/597); *“A coação física ou moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar*

substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo” (HC 34.912/SP, Rel. Exmo. Min. JOSÉ ARNALDO DAFONSECA, Colenda Quinta Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 379). Neste sentido: “PROVA. defesa fundamentada em fato singular. ônus da prova. Cabe ao acusado que fundamenta defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento.” (JUTACRIM 54/243, Rel. VALENTIM SILVA). Sem divergir: “A coação moral irresistível, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ficar substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo, não bastando a simples versão dada pelos próprios agentes que dizem vítimas de coação, especialmente quando a descrição do fato por eles fornecidos está contaminada pelo vício da incoerência e da contradição” (TJMG - AC - Rel. Abel Machado - RJTAMG 21/366; apud FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, - 5ª ed., rev. e ampl. São Paulo, RT, 1995, p. 240). Nesse sentido: “PENAL - Tráfico de entorpecentes Uso de passaporte alheio. Arguição de coação moral irresistível desacompanhada de provas e baseada apenas nas declarações da acusada, que não merecem credibilidade. Alegação rejeitada. Abordagem da ré feita quando já havia ela passado pelos guichês da Polícia Federal. Uso do documento comprovado” (TRF 3ª Região - Apelação Criminal nº 94.03.081.973-1 - 2ª Turma - Rel. Juiz Peixoto Júnior - DJ 27.08.97). Ainda: “HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO EM 1ª INSTÂNCIA APELAÇÃO MINISTERIAL. RÉUREINCIDENTE. MANDADO DE PRISÃO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. A coação física ou moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo. Ademais, é incabível a análise do conjunto fático-probatório na via do habeas corpus. A alegação da falta de credibilidade no depoimento das testemunhas não foi matéria examinada no Tribunal a quo. Portanto, não pode ser conhecido nessa parte o pleito, sob pena de supressão de instância. Ordem conhecida em parte e denegada.” (HC 34912/SP, HABEAS CORPUS 2004/0053672-0; Rel.: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; DJ: 25/05/2004)

Ainda, é de se destacar que não há que falar em crime impossível, sendo a conduta típica. Segundo dispõe o art. 17 do Código Penal: *“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”*.

Ocorre que, como visto, se trata de tipo penal de conteúdo múltiplo dando-se o crime por consumado mesmo antes da eventual entrega da droga aos reeducandos recolhidos no estabelecimento prisional. Releva dizer, ainda, que de tentativa não se trata, como se poderia requerer, porquanto assentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *“O crime de tráfico de entorpecentes compreende dezoito ações identificadas pelos diversos verbos ou núcleos do tipo, em face do que tal delito se consuma com a prática de qualquer das ações que compreende o tipo penal, eis que de ação múltipla. 11. consumado o delito sob a forma “transportar” a substância entorpecentes, não há falar em crime de tráfico de entorpecentes na sua forma tentada, à falta de resultado diverso da conduta do agente. Prescedentes”* (Resp n. 564972/SC Min.HAMILTON CARVALHIDO- DJ 13.12.2004RSTJ vol. 197, p.603).

Além disso, como bem apontou a MMª. Juíza *a quo* (fls. 236/237), *“(...) a conduta consistente em ingressar ao estabelecimento prisional, em poder de entorpecentes, após o retorno do “trabalho externo” não configura “ineficácia absoluta do meio”, já que, conforme explicaram os policiais penais, a quantidade de presos que retornam do trabalho externo é expressiva, o que impossibilita a submissão de todos ao scanner corporal. Desse modo, apenas alguns deles passam pela revista minuciosa, de forma aleatória. Sendo assim, os procedimentos adotados pelas unidades prisionais não se mostram totalmente infalíveis. (...)”*

Nesse sentido, inclusive, colaciona-se trecho da veneranda decisão da Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *“(...) No particular, a despeito do alardeado em razões recursais, não há se falar em crime impossível, por ineficácia absoluta do meio eleito para promover a entrada dos entorpecentes na penitenciária, já que, como se sabe, o apelante poderia perfeitamente burlar o sistema de segurança e os agentes penitenciários, ingressando no local, sem ser descoberto. Como sabido, as revistas empreendidas não se mostram infalíveis, o que já permite considerar consumáveis as*

práticas em questão. De fato, notória é a existência de drogas em presídios, sendo que boa parte ingressa exatamente da forma descrita in casu. Ademais, independentemente do sucesso da empreitada, o acusado efetivamente já trazia consigo as drogas para ingressar no estabelecimento prisional, consumando-se o delito, que é de natureza permanente. (...)” (TJSP; Apelação Criminal 1500248-04.2023.8.26.0480; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Bernardes - Vara Única; Data do Julgamento: 03/05/2024; Data de Registro: 03/05/2024).

Da mesma forma, de rigor a manutenção da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, uma vez que devidamente comprovado o destino das drogas – Centro de Progressão Penitenciária “Dr. Eduardo de Oliveira Vianna” de Bauru.

Dispõe o art. 40, da Lei nº 11.343/2006: As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) *III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos (...).* g.n.

O lugar do crime é sabidamente emblemático, cercado do aparato de segurança. Agiu o apelante com intenso dolo e com detida preparação, pertinácia, obstinação e ousadia, não se impressionando nem mesmo com todo o corpo arquitetônico, do estabelecimento prisional que não se pode negar - é monumento de repressão ao crime.

Não tem o apelante, os mecanismos de prevenção e repressão do Estado como aptos a demovê-la do impulso criminoso. O réu, confiante na frouxidão do sistema de repressão, nesta quadra histórica, não se intimida, testemunhando a maneira como se executa a terapêutica penal. Calha destacar a apurada percepção do Exmo. Des. LUIS SOARES DE MELLO. Neste sentido, *mutatis mutandis*, “(...)Tudo a revelar, portanto e enfim, que o tráfico vem, com a falta de rigor na aplicação da Lei, tomando conta da sociedade, a incutir-se como ato corriqueiro e

cotidiano, ocorrido aos olhos de todos, sem que o Estado nada faça para punir aqueles que transgridem em plena confiança de impunidade a ordem jurídica em que a legislação se sustenta (...)". (Apelação nº 0041316-94.2012.8.26.0576- São José do Rio Preto Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Exmo. Des. LUIS SOARES DE MELLO).

Ademais, por oportuno, destaca-se os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci: *"(...) Comungamos do entendimento que sustenta ser possível a incidência da causa de aumento de pena em qualquer caso previsto na Lei 11.343/06, quando cometido no interior de estabelecimento penitenciário, pouco importando se o agente é preso ou pessoa estranha ao presídio, não sendo também relevante tratar-se de cadeia pública (este local não deixa de ser um estabelecimento penal). O tipo penal não faz tal diferença, pois é particularmente grave que se realize tanto o tráfico de entorpecentes, quanto o uso de drogas, em locais de cumprimento de penas privativas de liberdade, onde se almeja a ressocialização e reeducação dos condenados"*. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 441).

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da ilustre defesa, motivo pelo qual, emerge demonstrada a subsunção da conduta do acusado às formas puníveis do art. 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei de Drogas, a MMª. Juíza *a quo*, considerando os péssimos antecedentes ostentados pelo réu (fls. 155 Processo 6879-66.2014.8.26.0344, fato ocorrido em 05/04/2014, com trânsito em julgado em 06/10/2014; fls. 156 Processo 0019755-26.2015.8.26.0344 fato ocorrido em 14/10/2015, com trânsito em julgado em 01/09/2016; fls. 157 Processo 3005953-75.2013.8.26.0344 fato ocorrido em 03/11/2015, com trânsito em julgado em 21/11/2016), fixou a pena-base acima do mínimo legal, acrescida de 1/6 (um sexto), em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Neste ponto, incensurável o reconhecimento dos maus antecedentes ostentados pelo apelante, uma vez que a condenação anterior transitada em julgado, alcançada pelo prazo depurador de 05 (cinco) anos, deve ser reconhecida como maus antecedentes, sendo, portanto, fundamento idôneo para se fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Nesse sentido decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:
PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL
EM

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.
DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES.
PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, INCISO I, DO
CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. ADOÇÃO DO
SISTEMA DA PERPETUIDADE PELO CÓDIGO PENAL.
AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - A jurisprudência
desta Corte é firme no sentido de que as condenações criminais
alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64,
inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência,
contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.
593.818/SC

(Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe
31/8/2020), em regime de repercussão geral, firmou tese no
sentido de que “não se aplica para o reconhecimento dos maus
antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência,
previsto no art. 64,
inciso I, do Código Penal”.

- Nesse contexto, não há falar em flagrante ilegalidade no
desvalor atribuído aos antecedentes criminais do agravante e, em
consequência, encontra-se suficientemente motivada a
exasperação da pena-base.

- A despeito de o registro criminal anterior do agravante ser
antigo, ato é que esta Corte Superior, no exame dos fundamentos

alegados no cálculo da pena, procura não se imiscuir no juízo de mérito dos magistrados das instâncias ordinárias, apenas afastando razões sem respaldo legal, o que não é caso dos autos, tendo em vista que o Código Penal vigente adotou o sistema da perpetuidade para os registros criminais configuradores dos maus antecedentes.

- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 655.793/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021).

Registre-se que, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593818, com repercussão geral reconhecida (Tema 150) fixar a seguinte tese: *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.”* (RE 593818, Relator: MIN. Roberto Barroso, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020).

Da mesma forma, cabe notar que: *“Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação penal.”* (MASSON, Cleber Rogério – Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – 4ª ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 628).

Oportuno realçar, também, que o *“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado”* (HC 283.706/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em

10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida tal como lançada.

Na segunda fase, operada a integral compensação entre a circunstância agravante da reincidência (fls. 155 – Processo 0000824-38.2016.8.26.0344 - fato ocorrido em 19/01/2016) e a atenuante da confissão espontânea, feita pelo acusado no bojo do procedimento administrativo disciplinar, a reprimenda restou mantida como fixada na fase anterior.

Na terceira fase, ausentes causa de diminuição de pena e sopesada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a reprimenda foi acrescida de 1/6 (um sexto), obtendo-se, em definitivo 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal.

Não incide, para a hipótese, a causa de diminuição de pena previsto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista os maus antecedentes e a reincidência ostentada pelo apelante, não se olvidando ainda das particularidades do fato, sendo clara a dedicação do réu à atividade criminosa.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena, consoante disciplina o artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, III, ambos do Código Penal, destacando-se o *quantum* fixado para a reprimenda, os péssimos antecedentes e a reincidência ostentada pelo réu, que também obstam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Nesse sentido: “*A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais*” (TACRIM/SP - Ap. JOSÉ HABICE - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354). Da mesma forma: “*Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e*

às circunstâncias do crime.” (STF - Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, Col. 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

A respeito, destaca-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. PERSUASÃO RACIONAL. REVISÃO ADMITIDA TÃO SOMENTE QUANDO DESNECESSÁRIA A DILAÇÃO PROBATÓRIA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENAL. PARÂMETROS LEGAIS OBSERVADOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O exame pelo Superior Tribunal de Justiça de matéria que não foi apreciada pelas instâncias ordinárias enseja indevida supressão de instância, com explícita violação da competência originária para o julgamento de habeas corpus (art. 105, I, c, da Constituição Federal).

2. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em habeas corpus somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

3. O período depurador não se aplica às condenações consideradas

como maus antecedentes, diante dos efeitos do princípio da perpetuidade, diferentemente da reincidência, que é regida pela temporariedade.

4. A condenação a pena entre 4 e 8 anos de reclusão, que, em tese, admitiria a fixação do regime semiaberto, enseja, em caso de reincidência, conforme os parâmetros legais (art. 33, §§ 2º, a e b, e 3º, do Código Penal), a imposição do regime prisional fechado.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 563.878/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 10/6/2021.)

No mesmo sentido, já se manifestou esta Colenda Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. **TRÁFICO DE DROGAS**. NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, como incurso no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, por trazer consigo, para fins de tráfico, 57 microtubos plásticos contendo cocaína e 30 invólucros plásticos contendo maconha, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 2. Recurso defensivo: (...) 5. A materialidade e a autoria do crime foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório, assim como a destinação comercial das substâncias entorpecentes apreendidas. 6. A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). 7. O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a

prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito (Tese 13 – Jurisprudência em Teses do STJ – 131ª Edição – Compilado: Lei de Drogas). 8. A valoração negativa dos antecedentes criminais do apelante foi correta e fundamentada da Certidão Estadual de Distribuições Criminais de fls. 41/44 e na Folha de Antecedentes de fls. 45/50. 9. Ainda que não esteja prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06, a variedade das drogas apreendidas denota a maior reprovabilidade das circunstâncias do crime, nos termos do art. 59 do CP, e, conseqüentemente, justifica a exasperação da pena-base, afinal, quanto maior a diversidade das substâncias ilícitas, maior o dano ocasionado à saúde pública. 10. **O regime inicial fechado revela-se o mais adequado ao réu que é reincidente, portador de maus antecedentes criminais (STJ. HC n. 748.253/SC) e condenado a pena superior a quatro anos de reclusão (STJ. AgRg no HC n. 677.691/SP), sendo inaplicável a exceção jurisprudencial contida na S269/STJ.** 11. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1513991-04.2023.8.26.0344; Relator (a): **Tolozza Neto**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Marília - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/01/2025; Data de Registro: 17/01/2025 – g.n.)

Claro, pois, que regime mais brando não se mostra suficiente, uma vez que os mecanismos de prevenção e repressão do Estado não são aptos a demover o apelante do impulso criminoso.

Nesse passo, entende-se incabível a imposição de regime mais ameno, mostrando-se necessário o cumprimento de todas as etapas de ressocialização.

Depreende-se, portanto, que as penas foram corretamente fixadas, observou-se o critério trifásico estabelecido no artigo 68, do Código Penal, e todas as fases de dosimetria restaram fundamentadas dentro dos parâmetros legais, não merecendo qualquer reparo as reprimendas impostas na decisão combatida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela d. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator