



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000450961

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1530180-51.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes AGATHA CAROLINE SOUZA DE OLIVEIRA e FERNANDO VITOR COSTA, 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 TOLOZA NETO (Presidente) E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9811

Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1530180-51.2022.8.26.0228

Apelantes: Agatha Caroline Souza de Oliveira e Fernando Vitor Costa

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Apelação Criminal. Tráfico de Drogas (artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória. Materialidade e autorias delitivas sobejamente comprovadas. Credibilidade do relato dos agentes de segurança. Depoimentos em harmonia com o conjunto probatório. Inviável o reconhecimento de crime impossível. Procedimento de revista realizado no ingresso dos visitantes em estabelecimento prisional que não é capaz de afastar, por completo, a possibilidade da prática do crime de tráfico de drogas. Coação moral não demonstrada. Condenação mantida. Dosimetria escorreita. Causa de aumento devidamente constatada. Crime praticado em estabelecimento prisional. Penas e regimes bem fixados. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Agatha Caroline Souza de Oliveira e Fernando Vitor Costa contra a r. sentença (fls. 296/306) que julgou procedente a ação penal para condená-los, a apelante AGATHA, como incurso no artigo 33, *caput*, e §4º, c.c artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, inicialmente no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, além de 194 dias-multa, no mínimo legal; e o apelante FERNANDO como incurso no artigo 33, *caput*, c.c artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 08 anos e 02 meses reclusão, inicialmente no regime fechado, além de 816 dias-multa, no mínimo legal.

Os apelantes, em suas razões recursais (fls. 329/338), pugnaram por suas absolvições, sustentando a atipicidade da conduta, a ocorrência de coação moral irresistível e a ausência de elementos sólidos de materialidade e autoria para lastrear a condenação criminal. Subsidiariamente, quanto ao réu Fernando, requereram a

desclassificação do crime para a modalidade tentada e a redução da pena-base.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas contrarrazões (fls. 345/352), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 362/366).

É o relatório.

Consta dos autos que AGATHA CAROLINE SOUZA DE OLIVEIRA e FERNANDO VITOR COSTA foram processados como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 29 do Código Penal, porque, segundo consta na denúncia, no dia 25 de dezembro de 2022, por volta das 10h47min, nas dependências do estabelecimento prisional CDP IV Pinheiros, localizado na Avenida Doutora Ruth Cardoso, 1405, Pinheiros, nesta cidade e comarca de São Paulo, Agatha Caroline Souza de Oliveira trazia consigo, drogas, consistentes 02 (duas) porções de maconha pesando 59.8g (cinquenta e nove gramas e oito decigramas), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, conforme auto de exibição e apreensão a fls. 05, laudo de constatação de substância a fls. 25/28, fotografias a fls. 20/21 e laudo de constatação de substância a fls. 26/29, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta ainda que nas mesmas condições de tempo e local, nas dependências do estabelecimento prisional CDP IV Pinheiros, localizado na Avenida Doutora Ruth Cardoso, 1405, Pinheiros, nesta cidade e comarca da capital, Fernando Vitor Costa, concorreu de qualquer forma para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecente por Agatha Caroline Souza de Oliveira.

Segundo o apurado, “(...) na data dos fatos, a denunciada introduziu duas porções de maconha na vagina e se dirigiu ao referido estabelecimento prisional, no intento de entregá-las ao seu namorado, ora detento.

Ocorre que, durante o procedimento de revista para a entrada no CDP como visitante, a acusada foi submetida ao escaneamento corporal, ocasião em que as agentes penitenciárias desconfiaram de um volume na região vaginal.

Indagada, a denunciada confessou a prática delitiva, retirou as porções de entorpecentes que estavam em seu corpo e as entregou às agentes penitenciárias, sob a alegação de que as drogas seriam entregues ao seu namorado

para o pagamento de dívidas com outros detentos.

A acusada foi presa em flagrante delito.

As circunstâncias da prisão em flagrante, a apreensão de considerável quantidade de entorpecentes em poder da denunciada, separados e embalados, prontos para a entrega a terceiros no interior de estabelecimento prisional, ainda que gratuitamente, evidenciam o intuito do tráfico.

Desse modo, FERNANDO concorreu para a prática do crime, na medida que a denunciada somente trazia consigo os entorpecentes devido ao fato de que ele possuía dívidas no interior da cadeia e a droga seria utilizada para o pagamento destas. (...)”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurgem os apelantes, 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 imputado aos apelantes.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes vêm comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01 e 11), relatório final (fls. 02/04), auto de exibição e apreensão (fls. 05), termos de depoimento (fls. 06/09), fotografias (fls. 20/21), boletim de ocorrência (fls. 22/24), laudo de constatação (fls. 26/29), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 269/271), que atestou que a substância apreendida era proibida, bem como pelas demais provas colhidas nos autos.

Por sua vez, as autorias delitivas são extraídas das declarações prestadas em Juízo pelas testemunhas Cesar Roberto Tomé e Nathalia Motta Ottaviano (fls. 278/283 – 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:

“(…)

Os dois agentes penitenciários, César Rogério e Nathalia, ao serem ouvidos em sede de audiência de instrução debates e

julgamento, após prestarem o compromisso de dizer a verdade afirmaram que, no dia dos fatos, estavam trabalhando na porta de entrada da Penitenciária exatamente no local onde fica o scanner corporal a que são submetidas as pessoas que vem de fora e que pretendem entrar nas dependências prisionais.

Ambos afirmaram, ainda que no momento em que Agatha passou pelo aparelho foi possível visualizar um volume estranho na região pélvica da ré e diante disso, ela foi solicitada a comparecer a sala onde estavam e de imediato, confirmou que trazia consigo drogas para entregar a seu companheiro que estava preso naquela unidade prisional.

A ré ainda retirou as drogas que estavam escondidas e as entregou aos agentes penitenciários para a devida apreensão e apresentação à Autoridade competente.

Em razão disso ela foi presa em flagrante pelo crime de tráfico e levada à Delegacia de Polícia, para a lavratura do boletim de ocorrência.

Os agentes asseveraram, ainda, que posteriormente o companheiro da ré foi identificado, já que somente se permite a visita de pessoas cadastradas no rol de algum detento e que ele também foi levado para prestar seu depoimento perante a autoridade policial.

(...)”.

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).

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. A apreensão somente foi possível 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.

Inferre-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do delito imputado aos apelantes, pelos elementos da prova testemunhal e pela droga apreendida (02 porções de “maconha” com peso líquido de 59.8g – fls. 05, 26/29 e 269/271).

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que a ré trazia consigo substância ilícita, concorrendo o réu com a prática delitiva, o desfecho condenatório é medida impositiva, por infração ao art. 33, “caput”, da Lei de Drogas.

Por sua vez, a apelante, na fase inquisitorial (fls. 10), afirmou “*que seu namorado havia contraído dívida com outros detentos, e por esta razão para “aliviar sua barra” ele havia solicitado a ela que trouxesse para ele utilizar os entorpecentes como moeda de troca dentro do sistema prisional.*”. Corroborando os relatos de sua companheira, o apelante, declarou “QUE A PESSOA DA INDICIADA É SUA NAMORADA, E NESTA DATA, A MESMA IRIA VISITÁ-LO, E SOUBE QUE SUA NAMORADA HAVIA SIDO PRESA NA POSSE DE DROGAS ADENTRANDO AO COMPLEXO PENITENCIÁRIO. INFORMA QUE POSSUI ALGUMAS DÍVIDAS NO INTERIOR DA CADEIA E QUE A DROGA IRIA SER USADA COMO FORMA DE PAGAMENTO DE TAIS DÍVIDAS. CONSIGNA QUE NÃO CHEGOU A TER ACESSO A REFERIDAS DROGAS, TENDO EM VISTA QUE SUA NAMORADA FOI REVISTADA E DETIDA ANTECIPADAMENTE.” (fls. 14).

Em juízo, contudo, os apelantes passaram a apresentar versão díssona e pouco crível dos fatos, sustentando que Agatha foi coagida a praticar o crime e Fernando não sabia que sua companheira ingressaria com a substância ilícita no estabelecimento prisional. No tocante aos interrogatórios realizados em juízo,

mister consignar o quanto registrado em sentença (fls. 299):

“(…)

A ré Agatha, apesar de não negar ter trazido consigo, em suas vestes, as drogas para entregar a seu namorado, e que as substâncias foram detectadas durante sua passagem pelo "scanner corporal" quando entrava no presídio para visitar Fernando, disse que somente fez isso, pois dias antes da visita recebeu uma ligação de uma pessoa não identificada, ordenando que ela levasse as drogas para preservar sua vida e de seu companheiro e que como não sabia se tais fatos eram ou não verdadeiros pois não teve qualquer contato com Fernando. Desse modo, por se sentir ameaçada, realmente trouxe as drogas dentro de suas vestes, e foi pega pelos agentes penitenciários no momento em que passou pelo "scanner corporal" e que de pronto, ao ser perguntada a respeito do volume que ali foi marcado, disse que eram drogas, retirou-as e entregou a agente penitenciária e foi então presa em flagrante e levada à Delegacia de Polícia.

Alegou, por fim que não sabia de quem partiu tal ordem, pois somente conversou com Fernando na visita que a ele fez na semana anterior aos fatos, e que naquele dia ele nada disse a respeito da tal dívida ou mesmo solicitou que ela levasse as drogas para ele na próxima visita e que não possuía mais o aparelho celular para informar o número telefônico da pessoa que ordenou que ela levasse a droga para dentro do presídio.

O réu Fernando, por sua vez, negou ter prestado o depoimento juntado aos autos pela autoridade policial. Alegou que não tinha dívidas com outros detentos dentro do estabelecimento prisional em que se encontrava preso e que somente tomou conhecimento dos fatos quando foi chamado a comparecer na sala da administração da penitenciária onde cumpria sua pena, sendo então avisado que sua namorada à época dos fatos, teria sido presa após tentar entrar para visita-lo trazendo entorpecentes.

Disse que, sequer viu sua esposa naquele dia e que não sabia que ela teria sido ameaçada caso não entrasse com as drogas durante a visita.(...)”.

Sem credibilidade alguma as palavras dos acusados, que não encontraram eco na prova. Merece lembrança a lição de **Julio Fabbrine Mirabete**, in *Processo Penal*, ed. Atlas, p. 270: “*Sendo o interrogatório, ao menos em parte, meio de defesa, o acusado pode mentir e negar a verdade. Não há um verdadeiro direito de mentir, tanto que as eventuais contradições em seu depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas*”. Tem-se no caso em apreço o que *Gorphe* denomina de *indícios de má justificação*, equivale dizer, que a explicação mal feita reforça a autoria, valorizando os depoimentos incriminadores.

Ensina Guilherme de Souza Nucci, in *Código de Processo Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Forense, 13ª edição, 2014, p. 432: “*Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo*”.

Sobre o valor das alegações de criminosos, *mutatis mutandis*, ensina o Exmo. Des. **RICARDO TUCUNDUVA**: “*(...)francamente comprometedoras, também, foram as declarações do miliciano (...), protagonista das diligências pertinentes ao presente caso (cd ROM...). Aliás, é importante salientar que as declarações daqueles a quem incumbe a árdua tarefa de lidar com criminosos - indivíduos que são refratários às mais elementares normas de convívio humano -, devem ser tidas em alta conta, e não postas em xeque, principalmente quando não há nenhum motivo concreto para que se duvide do que afirmaram os agentes estatais. E, para que não se prestigie a mais completa inversão de valores, é a palavra dos delinquentes que precisa ser vista com reservas, não a do policial, nem a do miliciano (...)*” (Apelação nº 0012552-71.2011.8.26.0176 - Embu das Artes -

Colenda 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Exmo. Des. **RICARDO TUCUNDUVA**) – grifo nosso.

No mesmo sentido, preciosa a lição que se extrai da veneranda decisão da Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “...se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. É o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária ao convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inexatidão podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade...” (TJSP, Apelação nº 990.10.390742-6, Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Exmo. Des. **JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA**).

Ensina o Exmo. Des. **JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA** “(...) A certeza de que os réus mentiram, seu descomprometimento para com a verdade fortalece a tese acusatória. No sentido de poder-se valorar contra o réu o teor inverossímil do interrogatório há acórdão desta Câmara: “A regra insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o e permanecer calado, (...) assegura ao acusado o direito ao silêncio, que tem dupla faceta. Garante que o interrogando não seja forçado a pronunciar-se afastando definitivamente a prática da obtenção de informação contra a vontade de quem responde criminalmente em persecução penal e obsta a valoração prejudicial ao réu do exercício desse direito de calar-se. Houvesse a possibilidade de extrair prejuízo à defesa pela escolha do permanecer silente no interrogatório, essa preferência não caracterizaria um direito, mas teria a natureza jurídica de mera faculdade. Uma vez optado por apresentar versão sobre os fatos, todavia, o interrogatório passa a integrar o conjunto probatório e, conseqüentemente, fica sujeito a valoração, seja benéfica ou maléfica aos interesses da defesa. Em outras palavras, a regra constitucional do respeito ao silêncio deixa de ter relevância com o efetivo exercício da autodefesa, do direito de ser ouvido pelo juiz sem interposta pessoa. A preferência do acusado pelo pronunciamento em interrogatório acarreta a obrigação do magistrado de ouvi-lo e de valorar a versão

que apresentar, beneficiando-o ou prejudicando-o, na medida em que a palavra do acusado, como as demais colhidas em juízo, não está imune ao princípio da persuasão racional. Assim, se o réu optar por falar, no interrogatório, deverá medir suas palavras, porque elas poderão ser utilizadas também em seu desfavor. É o que ocorre na hipótese do acusado apresentar versão contrária a convincente conjunto probatório. Identificado que faltou com a verdade, esse comportamento e o teor da inverdade podem ser considerados pelo julgador, pois não existe direito à mentira, como não há a correspondente obrigação de ignorar a inverdade” (Apelação nº 0001141-29.2010.8.26.0091 - Mogi das Cruzes -, Colenda 6ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Rel. Exmo. Des. **JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA**).

Não passa despercebido que Agatha Caroline Souza de Oliveira ocultou em seu próprio corpo a droga apreendida, bem como que, na qualidade de visitante registrada e autorizada de Fernando Vitor Costa, tentou ingressar no estabelecimento prisional trazendo consigo o entorpecente.

Assim, sem proveito as alegações genéricas e abstratas dos apelantes, que se mostram dissonantes e isoladas nos autos. Nesse passo, por pertinente, destaca-se trecho da r. sentença recorrida:

“(...) A nova versão dos réus, contudo, ao contrário do alegado pela Defesa, não veio comprovada por outras provas nos autos e não merecem credibilidade. Por primeiro, porque embora a ré tenha dito em juízo, que não possuía mais o celular onde recebeu a tal ligação que a ameaçou, sob o argumento de que seu marido tinha dívidas no presídio e que precisa das drogas para quitar seu débito, ao ser ouvida na Delegacia de Polícia, segundo ela, dois dias antes de ter recebido a ligação, nada disse a esse respeito desse fato, à autoridade policial, ou mesmo solicitou naquela época que seu celular fosse periciado para então se comprovar ou não tal ligação.

Desse modo, a tese de Defesa não veio provada nos autos, não bastando a mera alegação da ré, como quer fazer crer a combativa Defensor, nos exatos termos do que dispõe o art. 156,

do Código de Processo Penal, segundo o qual: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer..." (...)". (fls. 299/300).

Não se desincumbiram os réus do ônus que lhes é imposto no art. 156, do Código de Processo Penal, não sendo de se acolher as versões de autodefesa. Nesse 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). Preleciona **Júlio Fabbrini Mirabete**: *"... ônus da prova (onus probandi) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes"* (Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed. São Paulo: Atlas. p. 474/475).

Nesse ponto, cumpre registrar que a afirmação feita pela apelante Agatha Caroline Souza de Oliveira de que foi ameaçada, 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)

Neste sentido: “*(...) É ônus que toca à Defesa (art. 156 do Cód. Proc. Penal) provar, cumpridamente, que o réu obrou sob coação irresistível (art.*

22 do Cód. Penal). *Meras alegações e fracos indícios não autorizam o reconhecimento da excludente de culpabilidade, antes servem de confissão de culpa(...)*". (Apelação nº 1.125.885/8, Julgado em 24/06/1.999, Colenda 15ª Câmara, Rel.: **CARLOS BIASOTTI**, RJTACRIM 44/79). Ainda: "*PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO EM 1ª INSTÂNCIA. APELAÇÃO MINISTERIAL. RÉU REINCIDENTE. 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; Relator: Exmo. Min. **JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**; Órgão Julgador: Colenda T5 - QUINTA TURMA; DJ: 25/05/2004).

Carecem de credibilidade, portanto, as versões de autodefesa, que não encontraram eco na prova, remarcando o vigor dos depoimentos incriminadores tomados.

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 ainda registrar 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 Câm. 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, Câm., 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).

Posto isso, examinando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante e geradora de invencíveis problemas na saúde pública; a forma como estava acondicionada; a segura incriminação feita pelos agentes de segurança; e as inadmissíveis alegações prestadas em juízo pelos réus, não secundadas por qualquer elemento sério de convencimento, a conduta não se pode afastar do tipo do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, em que pesem os argumentos expostos pela d. Defesa, o crime foi percebido, não sendo de se falar na hipótese de crime impossível, sendo a conduta típica. Segundo dispõe o artigo 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”*.

Na hipótese de que se trata, a eventual eficácia da revista, realizada quando do ingresso da apelante na penitenciária, não inviabiliza a consumação. O meio empregado pela denunciada era eficaz e idôneo, sendo que a droga somente foi descoberta quando realizado o procedimento de revista pessoal. Não merece acolhida, portanto, a aventada tese de crime impossível, pois os pressupostos para a sua caracterização não se fazem presentes. Nesse sentido: *“(...) 1. Para que se configure o crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto é necessário que o bem jurídico protegido pela norma penal não sofra qualquer risco. 2. A mera existência de rigorosa revista na entrada dos visitantes ao presídio não é capaz de afastar, por completo, a possibilidade da prática do tráfico de drogas, uma vez que*

se trata de atividade humana falível, sendo viável que o agente ludibrie a segurança e alcance o seu intento de ingressar no estabelecimento com as drogas. (...)” (STJ, HC n. 298.618/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 4/11/2015); ainda “(...) Neste ponto, fica rejeitada a tese de configuração de crime impossível, uma vez que, ao trazer o entorpecente consigo, - independentemente de conseguir ou não adentrar com ele no sistema prisional - a paciente já havia praticado uma das condutas típicas previstas no art. 33 da Lei 11.343/2006. Ademais, a existência de revista ou scanner corporal na entrada do presídio, por se tratar de atividades que dependem da interferência humana, estão sujeitas a falhas, o que não impede, de forma absoluta, a consumação do delito de tráfico de drogas, ou seja, a entrada do entorpecente no estabelecimento prisional. Logo, é típica a conduta praticada pela paciente. (...)” (STJ, HC n. 853.009, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 14/11/2023.)

Outrossim, o caso sob análise não comporta o reconhecimento da figura tentada, conforme pretende a d. Defesa.

Deveras, o crime se consumou, posto que, ao trazer a substância ilícita consigo, independentemente de conseguir, ou não, adentrar com ela no estabelecimento prisional, a ré Agatha já havia praticado uma das condutas típicas previstas no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

O tráfico de drogas é crime permanente de tipo penal de conteúdo múltiplo dando-se o delito por consumado mesmo antes da eventual entrega da droga aos reeducandos recolhidos no estabelecimento prisional.

Assim, releva dizer que de tentativa não se trata, 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).

Nesse passo, concorrendo o réu Fernando para o crime, na

qualidade de mandante e responsável pela posterior distribuição da droga, bem marcado o concurso de agentes, previsto no artigo 29 do Código Penal, porquanto *“Quem emprega qualquer atividade para a realização de evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, segundo a teoria monística que o nosso Direito Penal perfilhou”* (RT 558/309).

Esclarecendo qualquer dúvida, *mutatis mutandis*, vem a veneranda decisão da Colenda 3ª Câmara Criminal Extraordinária: ***“APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. Materialidade e autoria demonstradas, prejudicada a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Tóxico. Réu que “encomendou” a um preso, colocado em liberdade, a remessa de drogas ao interior da penitenciária via “sedex”, de modo a configurar a coautoria no tráfico verificado dentro do estabelecimento, pouco importando destinar-se o tóxico a um detento. Confissão em harmonia com o quadro probatório, a par de delineada a majorante descrita na denúncia. Condenação mantida. Reprimenda benevolente, com aumentos mínimos decorrentes de condenações anteriores delineando antecedentes desabonadores e a reincidência. Inércia da Justiça Pública impedindo a revisão do julgado. Regime fechado único adequado ao crime de natureza hedionda, a par das circunstâncias adversas incondizentes com retiro menos severo e o privilégio. Substituição da privativa de liberdade colidente com a gravidade concreta do crime e condenações pretéritas, prejudicada a benesse, ainda, pelo montante da carcerária. Recurso da Defesa improvido”***. (Apelação nº 3002658-19.2013.8.26.0283, da Comarca de Rio Claro, Colenda 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **JULIO CAIO FARTO SALLES**, julg., em 17 de agosto de 2016.)

Em reforço: *“Simples anuência a empreendimento criminoso ou a mera ajuda, ainda que sem participação direta na conduta criminosa, com vistas ao sucesso da atividade delinquencial de outrem, basta ao reconhecimento de co-autoria”* (TACRIM/SP AC – Rel. **ONEI RAPHAEL** – JUTACRIM 31/395). Da mesma forma: *“para configuração do concurso de pessoas ou a co-autoria não se exige que ao gente tenha participação efetiva nos atos executórios, sendo suficiente, até, a mera presença e a interferência denotativa de solidariedade ao agressor”* (

TAMG-AC- Rel. **JOAQUIM ALVES** – RT 637/298).

A respeito do assunto, cumpre destacar trecho do Aresto da ilustre Desembargadora Gilda Alves Barbosa Diodatti que, no julgamento da Apelação Criminal nº 0000201- 94.2017.8.26.0616, em caso análogo ao dos autos, consignou:

“(…)

Por outro lado, à vista do quanto previsto legalmente pelo tipo penal em questão, a traficância configura-se na prática de várias condutas, e como tipo misto alternativo que é, sabe-se que a incidência em qualquer delas justifica a violação do bem jurídico protegido.

Desnecessário, portanto, o flagrante no momento da efetiva venda dos entorpecentes para incriminação pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06; afinal, como se sabe, a prática dos demais atos tendentes e periféricos a tal comercialização, como trazer consigo, guardar, transportar ou manter em depósito, por exemplo, são suficientes à transgressão do proibido penalmente pelo tipo. Neste sentido:

“Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, 'contrario sensu'), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente” (RT 584/347).

Nessa linha intelectual, não há que se falar em reconhecimento da atipicidade da conduta de Wesley, ao argumento de que não teria ultrapassado os atos preparatórios, tampouco em reconhecimento da tentativa. Afinal, o tráfico de drogas é crime unissubsistente, que se consuma mediante um único

ato de execução, não admitindo, assim, o fracionamento da conduta criminosa. No caso concreto, o delito se consumou com o núcleo do tipo “trazer consigo”, realizado por Luciana e para o qual concorreu dolosamente Wesley, consoante inequivocamente demonstrado ao longo da instrução criminal. Confira-se o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos:

*“Não se pode olvidar que **o crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, se falar em meros atos preparatórios.** Ademais, é desnecessária, para a configuração do delito, que a substância entorpecentes seja encontrada em poder do acusado ou que haja a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final” (REsp 1384292/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/03/2020, destaquei);*

“(...) 3. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, a sua ocorrência na modalidade tentada. 4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade 'trazer consigo' ou 'transportar'.

Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o 'trazer consigo' ou 'transportar' drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível” (REsp 1523735/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. em 20.02.2018, destaquei).

Aliás, nesse particular, consoante observado no respeitável parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, que adoto como razão de decidir, em acréscimo ao quanto exposto neste voto, “Ainda que o réu não tenha se apossado materialmente dos entorpecentes, sua responsabilidade penal exsurge por ser o autor intelectual do delito, sendo, portanto, inconcebível a tese reconhecimento de crime tentado, pois o crime é permanente e sua consumação se protraí no tempo” (fl. 754).

(...)”

(TJSP; Apelação Criminal 0000201-94.2017.8.26.0616; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/06/2021; Data de Registro: 15/06/2021)

Em vista do exposto, não há que se falar em tentativa criminoso, devendo-se manter a condenação dos réus pelo crime na forma consumada.

Além disso, 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 – CDP IV de Pinheiros.

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. Agiram os apelantes 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 têm os apelantes, os mecanismos de prevenção e repressão do Estado como aptos a demovê-los do impulso criminoso. Os réus, confiantes na frouxidão do sistema de repressão, nesta quadra histórica, não se intimidam, 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).

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 dos acusados 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 dos regimes prisionais aplicados na r. sentença.

Ré Agatha Caroline Souza de Oliveira

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal

e artigo 42 da Lei de Drogas, a MMª. Juíza *a quo*, fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, ainda que reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, a reprimenda restou inalterada, haja vista a impossibilidade de fixação aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, a reprimenda foi acrescida de 1/6, perfazendo 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Ainda na derradeira etapa, reconhecida a causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, a reprimenda foi reduzida em 2/3, totalizando, em definitivo, 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime inicial, aberto, fixado está em sintonia com o estabelecido no artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, diante do *quantum* de pena privativa de liberdade imposta e da primariedade da ré.

Presentes os requisitos legais elencados nos artigos 44 e seguintes do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em “*uma pena de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena substituída*” e “*outra pena de prestação pecuniária no valor de 01 salário-mínimo a entidade pública ou privada com destinação social, nos exatos moldes determinados pelo Juízo da Execução Criminal*”.

Réu Fernando Vitor Costa

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal e artigo 42 da Lei de Drogas, a MMª. Juíza *a quo* fixou a pena-base em 1/5 acima do mínimo legal, estabelecendo-a em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, no valor unitário mínimo, por ostentar o réu maus antecedentes (fls. 111/114 – autos nº 1520757-87.2020.8.26.0050 e 1525398-21.2020.8.26.0050).

Nesse ponto, razão não assiste à d. Defesa quando requer a redução da pena-base.

Depreende-se da certidão de antecedentes criminais (fls. 111/114)

que o réu ostentava, ao tempo do crime, não uma, mas três condenações definitivas, duas valoradas na primeira fase do cálculo da pena e uma na segunda etapa dosimétrica.

Com efeito, verificada a existência de mais de uma condenação definitiva não alcançadas pelo período depurador, a Magistrada poderia mesmo valorar parte delas para aumentar a pena-base e a parte remanescente para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se indeferiu o habeas corpus impetrado em favor do agravante.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, as condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem acarretar em bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos, conforme ocorreu no presente caso (AgRg no HC n. 649.807/ES, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 25/5/2021 - grifo nosso).

3. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório (HC n. 445.194/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/8/2018).

4. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade, em razão de se ter indeferido liminarmente a inicial por meio de decisão unipessoal, pois o art. 210 do RISTJ dispõe que, quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator indeferirá liminarmente o writ.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 671.269/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 29/06/2021 - g.n.)

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).

Nesse passo, quanto à fração adotada, os péssimos antecedentes ostentados pelo réu – 2 condenações –, ensejam a exasperação da basilar em patamar superior àquele empregado nos casos em que observada uma única anotação.

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

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 334, CAPUT, § 1º, "B" (COMBINADO COM O ARTIGO 3º DO DECRETO LEI. 399),

"C" E "D", DO CÓDIGO PENAL (COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 13.008/2014). PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada vetorial negativada. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

2. Verifico que as instâncias de origem aumentaram a pena-base do recorrente em 6 meses (1/2) pelo desvalor dos antecedentes. Dessarte, tal acréscimo está fundamentado adequadamente e de forma concreta, pois o recorrente possui três condenações transitadas em julgado por delitos similares ao dos autos.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável (art. 44, II e § 3º, do CP) AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018). Embora a pena do acusado esteja abaixo do patamar de 4 anos, a negativa de substituição da pena possui lastro em fundamentação concreta e idônea, tendo em vista que ele já fora condenado 3 vezes pelo mesmo delito.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.911.442/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021 – g.n.)

Desse modo, sensível às particularidades do caso concreto, é de se manter o acréscimo aplicado em Primeira Instância.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e por ser o réu reincidente (fls. 111/114), a reprimenda foi acrescida de 1/6, perfazendo 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, a reprimenda foi acrescida de 1/6, perfazendo, em definitivo, 08 anos e 02 meses de reclusão e 816 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Destaca-se, que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais, diante da reincidência e dos maus antecedentes ostentados pelo apelante.

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* de reprimenda imposta, a reincidência e os maus antecedentes ostentados pelo apelante, que também obstam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos termos do artigo 44 do Código Penal.

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