



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2017.0000856428**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004832-49.2016.8.26.0638, da Comarca de Tupi Paulista, em que é apelante RUBILENE DO NASCIMENTO BARBOSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 7ª 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 Exmos. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA E REINALDO CINTRA.

São Paulo, 1º de novembro de 2017.

**FREITAS FILHO**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Apelação nº 0004832-49.2016.8.26.0638**

**Apelante: Rubilene do Nascimento Barbosa**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Corréu: Thiago Barbare Andrade**

**Comarca: Tupi Paulista**

**Voto nº 18595**

TRÁFICO – Art. 33, §4º, c.c art. 40, III, ambos da Lei de Drogas – Absolvição pela atipicidade da conduta por configurar crime impossível ou pela excludente de culpabilidade de coação moral – Impossibilidade – Autoria e materialidade comprovadas – Robusto conjunto probatório - Redução da pena pela aplicação do instituto da delação premiada – Inviável – Pena e regime mantidos. Recurso improvido.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença que adoto, acrescento que **RUBILENE DO NASCIMENTO BARBOSA** foi condenada às penas de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime fechado, com pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias multa, como incurso no artigo 33, §4º, cumulado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.363/06.

Inconformada, apela a defesa pleiteando a absolvição pela atipicidade da conduta pela configuração de crime impossível ou por ser crime impossível. Subsidiariamente, requer a redução da pena pela aplicação do artigo 41 da Lei de Drogas,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (fls. 367/378).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 381/393), sustentando a sentença, subiram os autos a este E. Tribunal.

A D. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo improvimento do apelo (fls. 401/406).

**É o relatório.**

A absolvição é inatendível.

Restou incontroverso que no dia 08 de junho de 2014, por volta das 08:30 horas, no interior da Penitenciária Masculina de Tupi Paulista, RUBILENE DO NASCIMENTO BARBOSA trazia consigo, para fornecimento de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, um invólucro de maconha, pesando 108,13 gramas.

Segundo se apurou, a acusada é companheira do corréu Thiago Barbare Andrade, e teve seu processo desmembrado.

Consta que em data anterior a dos fatos a ré combinou com o sentenciado de praticar o comércio espúrio no interior do presídio, sendo ela responsável por trazer a droga e ele pela distribuição.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Para tanto, no dia do delito, a acusada ingressou normalmente no presídio e foi submetida ao procedimento padrão de revistas pelas agentes penitenciárias, que já haviam sido informadas sobre o porte de drogas pela apelante. Diante disso, as agentes questionaram a ré, que inicialmente negou os fatos, mas ao saber que seria encaminhada ao Pronto Atendimento para Exame de Raio-X, confessou que escondia em sua genitália uma porção de narcótico.

A materialidade do delito restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02), pelo boletim de ocorrência (fls. 21/23), auto de exibição e apreensão (fls. 24), laudo de constatação preliminar (fls. 26/28), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 81/83) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é incontestada.

Em sede administrativa, a acusada afirmou que seu amásio estava sendo ameaçado no presídio por ter contraído dívidas com outros sentenciados e ela precisaria lhe entregar drogas. Detalhou os nomes para quem seu companheiro devia e quem trouxe o entorpecente já embalado, esclarecendo que escondeu o narcótico em sua genitália antes da visita em local próximo à penitenciária. Em juízo, alterou sua versão negando que seu marido tenha lhe pedido para entrar no presídio com o ilícito. Contou que Regiane lhe procurou afirmando que se companheiro Thiago adquiriu uma dívida com o cônjuge dela e, por isso, RUBILENE deveria levar a

referida droga para dentro do presídio para quitar o débito.

Entretanto, as versões contraditórias e exculpatórias da ré restaram isoladas do conjunto probatório.

A agente penitenciária, Renata Mara Bortoloni da Silva, em ambas as etapas do contraditório, narrou que recebeu denúncia de tráfico de drogas a ser praticado pela ré, que levaria entorpecente ao sentenciado Thiago, seu companheiro. Disse que a apelante foi submetida ao procedimento comum de revista e nada de ilícito foi localizado, sendo então questionada sobre a posse de drogas. Contou que diante da negativa da acusada, ela foi levada à portaria da penitenciária e foi informada que seria encaminhada ao Pronto Atendimento para fazer um exame de raio-x. Afirmou que somente então a ré confessou que escondia entorpecente em seus órgãos genitais.

Sua companheira de farda, Valéria Martins Zerbato, corroborou com o depoimento de sua colega, acrescentando que depois de ter confessado o porte de droga, a ré foi levada ao banheiro, local em que sozinha retirou o ilícito de sua genitália, assegurando ser maconha.

As agentes penitenciárias relataram, de forma uníssona e segura, a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes pela acusada. Tais relatos apresentam riqueza de detalhes, são coerentes e estão em perfeita sintonia com a prova colhida,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

inexistindo qualquer indício de que elas tenham sido mentirosas ou tivessem qualquer interesse em prejudicar a recorrente.

Outrossim, inexitem nos autos elementos que lancem dúvidas sobre a isenção e integridade das agentes da lei, presumindo-se legítimas, até prova em contrário, os depoimentos de pessoas escolhidas pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, vez que paradoxal seria adiantar-lhes a confiança necessária para que assumissem tal tarefa e recusar-lhes idêntico crédito quando viessem depor em juízo.

Incogitável, ainda, o acolhimento dos argumentos utilizados pelas Defesas no sentido de que teria agido sob coação moral irresistível, pois não evidenciadas no conjunto probatório.

Segundo alegado pela acusada, a pessoa de Regiane teria a obrigado à prática do delito, ameaçando seu companheiro, pois este tinha uma dívida com outro sentenciado, que era casado com Regiane. No entanto, tais alegações restaram isoladas, visto que não há qualquer prova das ameaças realizadas, bem como da coação aplicada ou sua periculosidade.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci coação irresistível é: *“uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de um mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator”* (Guilherme de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Souza Nucci, Código Penal Comentado, Ed. RT, 2006, 6ª ed., pág. 218).

E, pelo que se colhe da prova oral dos autos a afirmativa de ocorrência de coação irresistível não encontra respaldo, pois a simples alegação de que a apelante agiu a mando de Regiane não permite o reconhecimento da referida excludente. Ou seja, não restou demonstrado que a ré foi obrigada a praticar o delito e que não tinha outra escolha.

O reconhecimento da excludente de coação irresistível deve somente ser acolhida em casos restritos.

Este é o entendimento deste Tribunal:

*“ENTORPECENTES - Tráfico ilícito - Prova da autoria e da materialidade - Condenação mantida - Coação irresistível e estado de necessidade - Circunstâncias não comprovadas - Inadmissibilidade - A coação irresistível exige prova segura, não bastando a alegação a respeito da suposta vítima - Dificuldades financeiras não caracterizam estado de necessidade - Apelo parcialmente provido para fixação do regime prisional inicial fechado, diante da Lei nº 11.464/07” (Apelação nº 0002868-16.2007, rel. Tristão Ribeiro, j. 19/06/2008 – grifei).*

A coação moral irresistível exige presença de elementos concretos que demonstrem de forma inequívoca ser inevitável e insuperável a existência de ameaça de dano grave, atual e injusto, circunstâncias, a toda evidência, não comprovadas no caso em tela.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

A excludente deve se pautar por coação de tamanha monta que impeça absolutamente o agente atuar conforme lhe é de direito, restando apenas adotar a conduta ordenada pelo autor mediato. O que não é o caso dos autos, onde sequer a defesa comprovou a referida alegação, coisa que lhe incumbia, na forma do art. 156, do Código de Processo Penal.

E, como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante: “nenhuma prova fez Rubilene de que agiu sob coação irresistível, ônus esse que lhe cabia, tanto que não houve notícia, nem tampouco prova das ameaças contra e seu amásio, pois que se assim fosse, caberia a ela comunicar os fatos à Autoridade Policial para a adoção das devidas providências, o que não fez, de modo que restaram ausentes os requisitos para o reconhecimento da coação propriamente dita”.

Assim, sendo certo que a acusada possuía a possibilidade de denunciar eventual conduta abusiva e assim não fez, inviável o reconhecimento da excludente.

Ainda, não prospera a alegação de crime impossível por ineficácia absoluta do meio, tendo em vista ser o crime de tráfico de ação múltipla, ou seja, o delito já estava consumado antes da apelante ingressar na penitenciária, considerando que já trazia consigo a droga apreendida para fins de tráfico.

Ademais, o meio empregado pela

acusada não é absolutamente ineficaz, sendo certo que ocultar entorpecentes em órgãos genitais é um modo comumente utilizado para tentar adentrar com drogas em presídios e, infelizmente, competente, somente evitado por meio de atuações atenciosas e eficazes das agentes de segurança, que por vezes não conseguem encontrar os ilícitos.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

*HABEAS CORPUS. (...) TRÁFICO DE DROGAS. TENTATIVA DE INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POTENCIALIDADE LESIVA DA CONDUITA. CRIME QUE SE CARACTERIZA COM A PRÁTICA DE UM DOS NÚCLEOS DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME IMPOSSÍVEL. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. 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. (...). (HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/11/2015).*

Deste modo, a manutenção da condenação é medida que se impõe, afastadas as hipóteses de coação moral irresistível e crime impossível.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Comprovadas no caso, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas do tráfico, ou seja, os elementos da prova testemunhal, a quantidade de entorpecente e a forma profissional como este estava acondicionado. Portanto, resta claro que as provas carreadas aos autos são mais do que suficientes para embasar a condenação da recorrente, pois revelou que esta, efetivamente, praticou o delito de tráfico ilícito ao transportar consigo o ilícito.

As penas não comportam reparo porque foram fixadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estão motivadas, individualizadas e adequadas à hipótese dos autos.

A pena base foi fixada no mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no mínimo, em razão da primariedade da ré e de circunstâncias judiciais favoráveis.

Na segunda fase, ausentes as agravantes e atenuantes, haja vista que a confissão não foi integral, tendo a ré alegado que agiu sob coação moral irresistível.

Na derradeira etapa da dosimetria, foi corretamente reconhecida a causa de aumento pela incidência do artigo 40, inciso III da Lei de Drogas, aumentando a reprimenda em 1/6 e perfazendo um montante de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Ainda na última fase do cálculo da pena, a apelante foi beneficiada com o reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, que reduziu a sanção em 1/6, totalizando em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, com pagamento de 485 (quinhentos e oitenta e cinco) diárias.

Postula a defesa a aplicação da outra causa de diminuição de pena, prevista no artigo 41 da lei em comento. Entretanto, inviável seu reconhecimento, haja vista que as informações de que Regiane e Ricardo estavam envolvidos com o tráfico de drogas não foram suficientes para o deslinde do Inquérito Policial, como se pode deduzir pelas fls. 153, na qual há o pedido de arquivamento deste.

Por fim, correta a fixação de regime fechado, vez que imposição de regime diverso, não atenderia ao princípio da suficiência no presente caso.

O próprio artigo 33 em seu parágrafo terceiro determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Ora, no caso em tela a apelante não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, diante da gravidade do crime praticado e da natureza da droga apreendida, bem como pelo local que se destinava a droga. Ainda, tais circunstâncias exigem maior rigor por parte do Estado.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.

Nesse sentido:

*“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, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

*"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).

Sendo que tal regime corresponde perfeitamente à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

que tangerem ao combate à narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Note-se também que o crime de tráfico se tornou um mal presente na sociedade atual, gerando tremenda insegurança na população.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos. O que faz com que a conduta da ré mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

*“TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO SUBSIDIÁRIO - FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO INADMISSIBILIDADE - REGIME INICIAL FECHADO ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. “Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado”. RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJ/SP. AP 0057527-71.2011.8.26.0050. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Data do julgamento: 27/06/2013.*

*“Tráfico ilícito de entorpecentes e associação*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/06).(…) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas.” (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013).*

*“Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R\$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido.” (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).*

No que diz respeito à substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, apesar da recente Resolução nº 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" presente no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sua aplicação não seria possível diante das circunstâncias do caso concreto, pois não



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

se mostra medida suficiente e adequada.

Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. Tal delito vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, “os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Assim, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, por serem os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal cumulativos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal.

Este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.” (HC 203.403/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011).

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**

Relator