



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000317827

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1540136-72.2024.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAICO MARQUES VIANA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento, para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, b) estabelecer a pena final em 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº9803

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1540136-72.2024.8.26.0050

Apelante: Maico Marques Viana

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

**Juízo de Direito da 17ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de
São Paulo**

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.
INCONFORMISMO DIRIGIDO À APLICAÇÃO DA
PENA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MENOS
GRAVOSO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

I. DO CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Maico Marques Viana, contra a r. sentença que o condenou à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput da Lei 11.343/2006. Proclamado abrandamento da sanção penal. Pedido de fixação de regime inicial menos gravoso para o início do cumprimento da pena.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Guardas municipais que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, visualizaram os acusados, Maico e Rafael, sentados lado a lado em um beco. Quando os réus se levantaram, os agentes perceberam que os acusados portavam objetos. No interior de um estojo localizado na posse do apelante, foram encontradas 82 porções de cocaína, 63 porções de maconha, 9 porções de *skunk*, 6 porções de *haxixe*, 40 porções de *crack*, 2 comprimidos de MDMA (Metilenodioximetanfetamina), além de R\$ 17,85 (dezessete reais e oitenta e cinco centavos) em espécie.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes

dos agentes municipais indicando que o réu foi divisado, no interior de um beco, no bairro do Capão Redondo, portando um estojo. Em busca pessoal foram encontradas, dentro do objeto que o réu portava, 82 porções de cocaína, 63 porções de maconha, 9 porções de *skunk*, 6 porções de *haxixe*, 40 porções de *crack*, 2 comprimidos de MDMA (Metilenodioximetanfetamina), além de certa quantia em dinheiro. Credibilidade da prova que não foi afetada diante da ausência elementos de convicção em sentido contrário. Versão do réu que se mostrou inverossímil.

4. Da dosimetria. 4.1. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis. Basilar fixada no mínimo legal. 4.2. Agravante da reincidência corretamente reconhecida. 4.3. Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas. Réu reincidente. Manutenção do regime inicial fechado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO

5. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: Lei 11.343/06, art. 33, caput. Código Penal, art. 61, inciso I. TJSP, Apelação Criminal 0005152-17.2017.8.26.0363, Rel. Luis Augusto de Sampaio Arruda, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 25/04/2019. STJ, HC 480.676/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 21/03/2019.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **MAICO MARQUES VIANA**, contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito **Simone Candida Lucas Marcondes**, da 17ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, que julgando procedente a ação penal, o condenou à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Busca a defesa o abrandamento da sanção penal imposta. Argumenta que a quantidade de cocaína, na forma de crack, apreendida na posse do acusado, não justifica a exasperação da basilar. Requer, ademais, a fixação de regime inicial mais

brando para o início do cumprimento da pena (fls. 250/256).

Contrarrazoado o recurso (fls. 276/284), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 308/310).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Da apelação interposta pela defesa do réu

2.1. Breve síntese dos fatos

O réu **Maico Marques Viana**, foi denunciado e processado, juntamente com Rafael Caetano Coelho, como incurso o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, aos 20 de outubro de 2024, por volta das 19h20, em um beco sem nome na Rua Lauterique, nº 52, bairro Capão Redondo, na cidade e comarca de São Paulo, previamente ajustados e com unidade de desígnios, traziam consigo, individualmente embaladas e prontas para entrega a terceiros, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Na posse do acusado **Maico**, foram encontrados, dentro de um estojo,
Apelação Criminal nº 1540136-72.2024.8.26.0050 -Voto nº 9803

(i) 82 porções de cocaína, com peso líquido de 21.3 gramas; (ii) 63 porções de maconha, com peso líquido de 115.6 gramas; (iii) 9 porções de maconha, na forma de *skunk*, com peso líquido de 3,8 gramas; (iv) 6 porções de maconha, na forma de *haxixe*, com peso líquido de 0.7 grama; (v) 40 porções de cocaína, na forma de *crack*, com peso líquido 8,1 gramas; e (vi) 2 comprimidos, com peso líquido de 0.7 grama, para o qual o laudo preliminar restou inconclusivo, todavia, semelhante à anfetamina, além de R\$17,85 (dezessete reais e oitenta e cinco centavos) em notas variadas, para entrega e consumo de terceiros, 78 porções de maconha com peso líquido de 54,51 gramas, 82 porções de cocaína, com peso líquido de 45,64 gramas e 24 porções de *crack*, com peso líquido de 8,01 gramas, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Em poder de Rafael, no interior de uma sacola plástica, foram localizados (i) 102 papелotes de cocaína, com peso líquido de 38,1 gramas; (ii) 14 francos com volume líquido de 126 ml, contendo a substância Tricloroetileno, vulgarmente conhecida como lança-perfume; e (iii) 10 porções de cocaína, na forma de *crack*, com massa líquida de 0.9 grama, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) em espécie.

Conforme apurado, na data dos fatos, guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram os acusados sentados lado a lado no local dos fatos. Quando os réus se levantaram, os agentes perceberam que o acusado **Maico** portava um estojo e o réu Rafael, uma sacola. Decidiram abordá-los. No interior do estojo segurado por **Maico**, foram encontradas 82 porções de cocaína, 63 porções de maconha, 9 porções de *skunk*, 6 porções de *haxixe*, 40 porções de *crack* e 2 comprimidos, aparentando ser ecstasy, além da quantia de R\$17,85 (dezessete reais e oitenta e cinco centavos) em espécie. Dentro da sacola que Rafael trazia consigo, foram localizados 102 papелotes de cocaína, 14 francos contendo Tricloroetileno, e 10 porções de cocaína, além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) em espécie. Indagados, pelos agentes públicos, os acusados nada disseram. Detidos em flagrante delito, em delegacia **Maico** negou a traficância. Rafael permaneceu em silêncio.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 6). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 85/88). Finda a instrução, o acusado **Maico** foi sentenciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. O réu Rafael foi condenado por tráfico privilegiado.

2.2. Da prova oral produzida

Em juízo, o guarda municipal Alessandro Batista da Cruz, responsável pela prisão em flagrante do réu, manteve a narrativa ofertada quando da colheita dos elementos informativos. Disse que, no dia dos fatos, estavam em regular patrulhamento pelo bairro Capão Redondo, quando avistaram os acusados sentados em um beco, ambos portando sacolas. No momento da abordagem, segundo relatou, o acusado **Maico** vociferou: "perdeu, perdeu". Em revista pessoal, encontraram no interior dos objetos portados pelos acusados drogas variadas. Questionado acerca dos fatos, Maico nada disse. Por fim, acrescentou que **Maico** queixou-se de doença venérea, motivo pelo qual o encaminharam ao Pronto-Atendimento.

No mesmo sentido convergiu o relato do agente Jilcimar Da Silva Durães ouvido em ambas as fases da persecução penal.

Em delegacia, Rafael permaneceu em silêncio. Em juízo, confessou os fatos. Disse que estava vendendo drogas para **Maico** quando os agentes municipais chegaram.

O acusado **Maico**, em solo policial negou os fatos. Sob o crivo do contraditório, disse que era consumidor de drogas e estava no palco dos acontecimentos consumindo cocaína.

2.3. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas no interior do objeto portado por **Maico** foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para cocaína, e maconha (fls.32/37). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame

químico toxicológico definitivo, o qual concluiu tratar-se de 82 porções de cocaína, com peso líquido de 21.3 gramas, 63 porções de maconha, com peso líquido de 115.6 gramas, 9 porções de *skunk*, com peso líquido de 3,8 gramas; 6 porções de *haxixe*, com peso líquido de 0.7 grama, 40 porções de *crack*, com peso líquido 8,1 gramas; além de 2 comprimidos, de MDMA (Metilenodioximetanfetamina), com peso líquido de 0.7 grama. (fls.133/137).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação do réu com as substâncias encontradas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os guardas municipais Alessandro e Julcimar apresentaram relatos seguros e uniformes, em ambas as fases da persecução penal. Durante patrulhamento, visualizaram o acusado **Maico** em companhia do réu Rafael sentados lado a lado em um beco. Quando os acusados se levantaram, perceberam que portavam objetos. Deliberaram pela abordagem. Durante a busca pessoal, encontraram, dentro de um estojo que o réu **Maico** trazia consigo diversas substâncias entorpecentes e R\$ 17,85 (dezessete reais e oitenta e cinco centavos) em notas variadas. Na sacola que o acusado Rafael portava, também foram encontradas substâncias entorpecentes e dinheiro em espécie.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de guardas municipais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filiou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a variedade e a quantidade de droga, a forma como elas estavam embaladas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – **Não se pode negar valor aos depoimentos de guardas municipais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente a ré** - Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Criminal 0005152-17.2017.8.26.0363; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi Mirim - 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 03/05/2019)

SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT) – **APELO DEFENSIVO BUSCANDO ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO NA ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, VOLTANDO-SE CONTRA AS PALAVRAS DA VÍTIMA. DESCABIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS – PALAVRAS DA VÍTIMA E DO GUARDA MUNICIPAL FIRMES E SUBSTANCIAIS – VALIDADE – RECONHECIMENTO REALIZADO PELO OFENDIDO – ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO NAS DUAS FASES DO PROCESSO QUE JUSTIFICAVA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSAGEM DAS PENAS QUE SE AFIGURA CORRETA, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A REINCIDÊNCIA OSTENTADA PELO RÉU – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE SE MOSTRA INADEQUADA – ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL - REGIME INICIAL SEMIABERTO BEM FIXADO, SENDO O ADEQUADO PARA O CASO EM TELA, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME E A REINCIDÊNCIA DO RÉU - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.**

(TJSP; Apelação Criminal 0012038-79.2015.8.26.0564; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 9ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/09/2017; Data de Registro: 26/09/2017)

Por fim, a versão do réu não se sustenta. Foi desmentida pelos agentes, os quais, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidos. O réu procurou fazer crer que era usuário de drogas e que as substâncias apreendidas não eram de sua propriedade. A alegação de

que os entorpecentes apreendidos não lhe pertenciam, não soa verossímil. Nesse sentido, a versão por ele ofertada mostrou-se genérica e desprovida de qualquer elemento de prova que lhe conferisse o mínimo de verossimilhança. Não há, nesse sentido, qualquer elemento que demonstre a má intenção dos agentes em acusar falsamente o réu por tão grave crime. A bem da verdade, a narrativa do réu não resiste quando confrontada com os relatos coerentes apresentados pelos guardas municipais responsáveis pela prisão em flagrante.

2.4. Da qualificação jurídica dos fatos

Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade, a natureza, a forma de acondicionamento, a dinâmica delitiva e, por fim, os relatos ofertados pelos guardas municipais, tornam indubitosa a destinação comercial.

Por outro lado, o fato de não ter sido flagrado executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo artigo 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria posse das substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06) – Materialidade e autoria demonstradas. Apreensão de pequena quantidade de drogas de natureza variada (4 porções de cocaína, com peso de 0,2 gramas; 12 porções de maconha, com massa de 14,4 gramas; e 10 porções de crack, pesando 0,2 gramas) que, por si só, não referenda a absolvição, quando cotejada com os demais elementos probatórios, tais como os firmes e uníssonos depoimentos dos guardas municipais e da testemunha usuária de drogas, bem como do local dos fatos ser conhecido ponto de venda de drogas. Desnecessidade da oitiva de testemunhas civis para legitimar a versão dos guardas civis municipais. **Crime de tráfico de drogas se**

consoma com a prática de quaisquer das condutas descritas no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, sendo despcienda a comprovação de atos de mercancia para sua caracterização.

Precedentes – Condenação mantida. PENA e REGIME PRISIONAL. Base no mínimo legal. Confissão reconhecida (Súmula 630 do STJ) e compensada, integralmente, com a reincidência específica, de acordo com o Tema 585 dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça. Tese não adotada nesta Câmara Criminal que segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ausência de recurso do Ministério Público. Inviabilidade da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, diante da reincidência – Regime inicial fechado adequado (artigos 59, inciso III; c.c. 33, § 3º, do Código Penal) – Inapropriada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (artigo 44, incisos I e II, do Código Penal) – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Criminal 1500484-43.2024.8.26.0569; Relator (a): Maria Cecília Leone; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Indaiatuba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/01/2025; Data de Registro: 28/01/2025)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMAS. ABSOLVIÇÃO DE AMBOS OS CRIMES POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO USUÁRIO INADMISSIBILIDADE CIRCUNSTÂNCIA, CONDUTA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA QUE NÃO SE COADUNA COM USUÁRIO. AFASTAMENTO DO REDUTOR TENDO EM VISTA A GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE AO ART. 40, III, DA LEI ANTIDROGAS. APELO DA DEFESA DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O MINISTERIAL.

(TJSP; Apelação Criminal 0030377-95.2010.8.26.0068; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barueri - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/08/2014; Data de Registro: 05/08/2014)

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

3. Da dosimetria penal

Na primeira fase, a i. Magistrada exasperou a basilar em 1/5, estabelecendo-a em 06 anos de reclusão e o pagamento de 600 dias-multa. Justificou o aumento em razão da natureza nociva das drogas, apreendidas na pose do acusado **Maico**, especificamente as porções de cocaína, na forma de *crack*, conhecido pelo

seu alto potencial nocivo. A defesa proclama pelo afastamento da exasperação, sob argumento de que a quantidade de *crack* apreendida na posse do acusado não justifica o reconhecimento da circunstância judicial desfavorável. O argumento prospera.

Não obstante as diretrizes traçadas pela Lei de Drogas elegeram a quantidade e a natureza das drogas como circunstâncias judiciais preponderantes na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas), e a despeito do acusado ter sido detido na posse de 2 comprimidos de MDMA (Metilenodioximetanfetamina), 82 porções de cocaína, 63 porções de maconha, 9 porções de *skunk*, 6 porções de *haxixe*, além de 40 porções de *crack*, a autoridade judiciária considerou apenas as porções de *crack*, dada sua natureza nociva, para justificar a exasperação da basilar. Nessa quadratura, apesar da natureza da droga, a quantidade apreendida não era excessiva. Não se justifica, portanto, o aumento pretendido, até mesmo porque o legislador já estabeleceu patamares elevados de reprovabilidade para o tipo penal em tela. Assim, o aumento, no plano das circunstâncias judiciais, deve alicerçar-se em contexto fático que, de fato, indique maior reprovabilidade em atenção, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade como critério orientativo da retribuição penal. Nesse sentido, já se decidiu:

Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, não obstante a natureza e a diversidade sejam motivos para exasperar a pena-base, verifico que a quantidade apreendida não é suficiente justificar o aumento, devendo a pena-base retornar ao patamar mínimo legal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.
(STJ, HC 410.095/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Dessa forma, devolvo a pena base ao mínimo legal, qual seja, 05 anos

de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência em razão da condenação definitiva proferida nos autos do processo 1523721-04-2020.8.26.0228 (tráfico), outrora em trâmite perante a 16ª Vara Criminal da Comarca do Foro Central da comarca de São Paulo, que teve o trânsito em julgado para o Ministério Público em 04 de abril de 2022 e para a defesa em 20 de abril de 2022 (fls. 161/163). A pena foi exasperada em 1/6. Não há reparos. Obtém-se, assim, a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria nada há a alterar. A aplicação da causa de diminuição era inviável. Trata-se de réu reincidente. Nesse sentido, importante observar a consolidação do entendimento jurisprudencial segundo o qual a afirmação da reincidência como agravante e a vedação da causa de diminuição pelo mesmo motivo não implicam violação da garantia do *ne bis in idem*. Segue jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. CONDUTA FLAGRADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU REINCIDENTE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 480.676/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Ainda no mesmo julgado supracitado, assim se manifestou o Exmo.

Ministro Relator:

Dessa forma, extrai-se que a pena do paciente foi agravada em razão da reincidência, circunstância que também foi utilizada para a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Sobre o tema, importa considerar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Nesse sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. Documento: 93608481 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 5. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes. 6. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido" (STJ - HC n. 393.709/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017, grifei).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCENTE ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto." (HC 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013) [...]"

(STJ - HC n. 326.359/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 11/5/2017, grifei).

"[...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento"

(STJ - AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/5/2017, grifei).

A quantidade de pena imposta, somada à reincidência, afastou a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando. Não há violação do

princípio da proporcionalidade. É a resposta punitiva adequada a se considerar a maior reprovabilidade que comportam os fatos.

Valor do dia-multa, no piso. Nenhum reparo deve ser feito.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, b) estabelecer a pena final em 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.**

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida.

MARCOS ZILLI

Relator