



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000324075

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502473-28.2023.8.26.0599, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante RICARDO RIBEIRO CAVALCANTE, 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: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, 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, 1º de abril de 2025.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 9838

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502473-28.2023.8.26.0599

Apelante: Ricardo Ribeiro Cavalcante

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Piracicaba

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO
ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA
PROBATÓRIA OU ATIPICIDADE DA CONDUTA.
RECURSO IMPROVIDO.**

I. DO CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Ricardo Ribeiro Cavalcante, contra a r. sentença que o condenou à pena de 7 anos e 11 meses e 8 dias de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 793 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput Lei n. 11.343/06. Pleito recursal que proclama pela absolvição do acusado por insuficiência de prova ou atipicidade da conduta.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Agentes penitenciários que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, durante inspeção dos visitantes, divisaram a acusada Natália, no momento em que ela retirou uma porção de maconha de uma sacola e tentou escondê-la em outra bolsa, já vistoriada. Os agentes procederam a nova vistoria nas sacolas trazidas pela acusada, tendo localizado a droga que era destinada ao seu marido, o réu Ricardo, detido naquele estabelecimento prisional.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Do Crime de Tráfico de Drogas. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria. Depoimentos das agentes penitenciárias uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Ré que tentou adentrar em estabelecimento prisional na posse de 51.6 gramas de

maconha para entrega-la ao seu marido. Versão ofertada pelos acusados que restaram isoladas no contexto probatório. Causa de aumento prevista pelo art. 40, III, da Lei de Drogas demonstrada.

4. Da dosimetria 4.1. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Réu que ostenta maus antecedentes. 4.2. Agravante da reincidência corretamente reconhecida. 4.3. Aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado. 4.4. Regime inicial fechado que não comporta reparos. 4.5. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO

5. Recurso conhecido e, no mérito, improvido. Modulação de ofício dos critérios de dosimetria penal.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: Lei 11.343/06, art. 33, caput, art. 40, III; Código Penal, art. 29. STJ, AgRg no HC 527.087/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 17.10.2019; STJ, REsp 1523735/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.02.2018.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **RICARDO RIBEIRO CAVALCANTE**, contra r. sentença proferida pelo **MM. Guilherme Becker Atherino, da 2ª Vara da Comarca de Piracicaba**, que, julgando procedente a ação penal, condenou o acusado **Ricardo** à pena de 07 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 793 dias multa, no mínimo legal, como incursos no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 29 do Código Penal. A r. sentença também condenou a ré Natália à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 194 dias multa, no piso, como incurso no artigo 33, *caput*, combinado com §4º e artigo 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/06, na forma do artigo 29, do Código Penal. (fls. 193/206).

Em suas razões, a defesa de **Ricardo** pugna pela sua absolvição em razão da insuficiência probatória ou, ainda, pelo reconhecimento da atipicidade da conduta. Nega a prática dos fatos descritos na denúncia. Por fim, sustenta que o

crime não se consumou, porquanto as drogas sequer chegaram a sua posse. (fls. 221/227).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 235/242), em parecer, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se contrariamente ao provimento dos recursos (fls. 279/283).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

As apelações devem ser admitidas.

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

2. Do recurso interposto pela defesa

2.1. Dos fatos provados

A acusada Natália foi denunciada porque, no dia 23 de dezembro de 2023, por volta das 8h30, nas dependências da Penitenciária Masculina de Piracicaba, localizada na rodovia Deputado Laércio Côrte, nº 132, KM 132, na cidade e comarca de Piracicaba, trazia consigo, um invólucro de maconha, com peso de 61,3 gramas, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o apelante **Ricardo** concorreu, de qualquer modo, vez que solicitou que Natália lhe trouxesse a droga apreendida.

Segundo apurado Natália é companheira de **Ricardo** e se cadastrou no

referido estabelecimento prisional a fim de visitar o apelante, detido no local. Conforme a inicial acusatória, em data não apurada no mês de dezembro, Ricardo solicitou à Natália que levasse as drogas apreendidas ao palco dos acontecimentos. Natália preparou duas sacolas. Uma contendo produtos alimentícios, de higiene pessoal e cigarros, outra contendo "fumo in natura picado". Durante a inspeção, inicialmente ela entregou a sacola contendo fumo picado, local em que nada foi localizado. Contudo, antes de entregar a outra sacola, contendo alimentos, ela retirou a droga que estava no interior dessa bolsa e tentou escondê-la na sacola já vistoriada. A manobra foi presenciada por um agente penitenciário, que realizou nova inspeção e localizou, no meio do fumo picado o entorpecente. Indagada sobre os fatos, pelos agentes, Natália respondeu que a droga era destinada ao seu companheiro, o acusado **Ricardo**. (fls. 136/139).

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante de Natália (fls. 01/02). Por ocasião da audiência de custódia, foi concedida à Natália a liberdade provisória, condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão (fls. 40/42). Finda a instrução, o acusado **Ricardo** foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, e Natália, pela prática do crime de tráfico privilegiado.

2.2. Da prova oral

Ouvido em juízo o agente penitenciário Josemar Squavolin confirmou os relatos prestados em solo policial. No dia dos fatos, Natália foi ao estabelecimento para visitar seu companheiro, **Ricardo**. Ao inspecionar as sacolas que Natália trazia encontrou uma porção de maconha em meio a “fumo in natura picado”. Viu quando Natália retirou uma porção da maconha de dentro da sacola que continha alimentos e tentou ocultá-la naquela que continha fumo, bolsa que já havia sido vistoriada.

No mesmo sentido convergiram as declarações oferecidas pela agente penitenciária Sônia das Dores Francisco, ouvida em ambas as fases da persecução penal. Segundo narrou, no dia dos fatos, Natália compareceu ao estabelecimento prisional para visitar **Ricardo**. Disse que viu o momento em que a acusada Natália retirou algo de uma sacola que continha alimentos objeto que foi colocado em uma

bolsa que já havia sido vistoriada. Realizaram, então, nova busca. Foi quando encontraram uma porção de maconha.

Em delegacia, a ré Natália permaneceu em silêncio. Interrogada em juízo, disse que pretendia fazer uma surpresa para seu marido, porquanto era véspera de Natal. Levou o entorpecente consigo, para fumá-lo em conjunto com seu marido. Disse que nunca havia consumido maconha naquele local. Não sabia a quantidade exata de maconha que trazia. Afirmou que era usuária de maconha havia dois anos. Acrescentou que **Ricardo** desconhecia os fatos.

Ricardo, por seu turno, sob o crivo do contraditório, negou o envolvimento no crime de tráfico. Cumpria pena e estava prestes a obter benefícios. Recebeu com surpresa a notícia de que sua mulher trazia entorpecentes. Negou ter solicitado a entrega da droga. Asseverou que a acusada era consumidora de maconha.

2.4. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, a substância apreendida foi submetida a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para maconha (fls. 18). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada dos laudos de exame químico toxicológico definitivos, o qual resultou positivo para *cannabis sativa L*, com massa líquida de 51.6 gramas (fls. 104/106).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação dos acusados com as substâncias apreendidas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os agentes penitenciários, Josemar e Sônia, apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Por ocasião dos fatos, realizavam a revista dos visitantes, quando notaram que Natália retirou algo de uma sacola o qual foi escondido em outra sacola já vistoriada. Confirmaram que acusada iria visitar o acusado naquele dia.

Não há razões para desconsiderar a prova oral. A condição de agentes penitenciárias, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, o modelo processual não se filiou ao modelo da prova tarifada no qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-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. Ademais, os relatos são coincidentes em pontos essenciais da narrativa. Assim, a prova fornecida pelas agentes penitenciárias é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

(...) 2. **A palavra dos agentes penitenciários na apuração de falta grave é prova idônea para o convencimento do magistrado, haja vista tratarem-se de agentes públicos, cujos atos e declarações gozam de presunção de legitimidade, não havendo nos autos qualquer indício que ponha em dúvida a credibilidade de seus depoimentos.**

3. Agravo Regimental no Habeas Corpus desprovido.

(STJ, AgRg no HC 527.087/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSE DE APARELHO CELULAR NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. DEPOIMENTO DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. FALTA ESPECIALMENTE GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS NO PERCENTUAL MÁXIMO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...) 2. **Registre-se que consolidou-se neste Tribunal entendimento de que "a prova oral produzida, consistente em declarações coesas dos agentes de segurança penitenciária se mostraram suficientes para a caracterização da falta como grave (...). A Jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a priori, das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.**

(...(5. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no HC 490.998/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 30/08/2019)

agentes penitenciários, os quais, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidos. Natália procurou fazer crer ter levado a droga para o interior do presídio para consumi-la em conjunto com o acusado. O argumento não convence. De fato, a quantidade apreendida não sustenta a tese de que seria consumida, tão somente, pelo casal por ocasião da visita. Por outro lado, em juízo a ré não soube precisar a quantidade de droga que trazia consigo, a demonstrar que, de fato, o entorpecente teria outras destinações. Restou demonstrado que a ré iria visitar o acusado e ninguém mais. Inegável, portanto, que a alegação de desconhecimento por parte do acusado soa pueril e inverossímil. Não é razoável o argumento de que a acusada tivesse assumido exclusivamente a iniciativa por tão graves fatos, caso não tivesse a anuência do próprio acusado.

A bem da verdade, a narrativa dos réus não resiste quando confrontada com os relatos coerentes apresentados pelos agentes penitenciários responsáveis pela prisão em flagrante da acusada Natália.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação.

A condenação foi a medida correta.

3.2.2. Da qualificação jurídico-penal dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença. A quantidade e natureza da substância, a forma de acondicionamento e as circunstâncias em que se deu o encontro das drogas revelam que tinham por destino o comércio ilícito de entorpecentes nas dependências daquele estabelecimento prisional. Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo art. 33 da Lei 11.343/2006.

O crime se consumou. Ainda que a ré não tenha efetivamente introduzido as drogas no ambiente carcerário, diante da atuação diligente dos agentes de segurança, fato é que a trazia consigo aquelas substâncias com vistas a disseminá-la na unidade prisional. A entrega, é certo, não se efetivou. Tal circunstância é irrelevante, até mesmo porque a conduta que se lhes imputou foi a de "trazer

consigo". De mais a mais, como é de conhecimento notório, a mera existência de aparato de vigilância e de procedimentos específicos de revista não inviabilizam o ingresso de substâncias entorpecentes no ambiente carcerário. Nesse sentido alinha-se a jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. DELITO UNISSUBSISTENTE. REVISTA ÍNTIMA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. RECURSO PROVIDO. (...)

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.

6. Conquanto seja possível inferir que a revista pessoal tenha por objetivo evitar a entrada de armas, explosivos, drogas, aparelhos celulares e outros similares em estabelecimentos prisionais, sua existência apenas minimiza o ingresso de tais objetos no presídio.

(...) 12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator.

(STJ, REsp 1523735/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. Hipótese em que não há falar em crime impossível. As instâncias originárias ressaltaram que o delito consumou-se antes mesmo da abordagem do paciente pelo agente prisional. Ademais, esta Corte já assentou a configuração do delito mesmo diante da existência de revista na entrada do estabelecimento prisional, haja vista tratar-se de atividade humana falível. Inclusive, é notória a existência de drogas em diversos estabelecimentos prisionais, o que indica a possibilidade de êxito em se ludibriar a segurança. (...)

6. Writ não conhecido.

(STJ, HC 326.871/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

(...) TRÁFICO DE DROGAS. TENTATIVA DE INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POTENCIALIDADE LESIVA DA CONDUTA. 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.

3. O delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006 se consuma com a prática de algum dos núcleos nele previstos, motivo pelo qual a simples conduta de trazer consigo substância entorpecente já é suficiente para a caracterização do ilícito, que independe da efetiva entrega das drogas ao destinatário. Precedentes. (...) 2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta à paciente, substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

(STJ, HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/11/2015)

Os acusados, previamente ajustados entre si, praticaram os fatos descritos pelo Ministério Público. Agiram em conjunto em uma clara demonstração

do vínculo subjetivo que os unia. Típica hipótese de coautoria.

A causa de aumento relativa à prática do tráfico nas dependências de estabelecimento prisional restou demonstrada. Afinal, a acusada foi detida no momento em que já se encontrava no interior da unidade prisional, tendo sido descoberta durante os procedimentos regulares de revista. O réu, por seu turno, contribuiu para introdução de substâncias ilícitas na penitenciária onde se encontrava detido. Correta, dessa forma, o reconhecimento da majorante.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

3. Da dosimetria

Na primeira fase, o i. Magistrado fixou a pena acima do limite mínimo legal, estabelecendo-a em 05 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. Justificou o aumento em razão dos maus antecedentes ostentados pelo acusado, consubstanciados na condenação proferida no processo-crime 0023105-02.2009.8.26.0451 (roubo), o qual tramitou perante a 2º Vara Criminal da Comarca de Piracicaba, cuja pena foi extinta em 26 de junho de 2018 (fls. 97/98). A basilar foi aumentada em 1/6. A operação não comporta reparos.

Na segunda etapa, foi corretamente reconhecida a agravante da reincidência, consubstanciada na condenação proferida nos autos do processo-crime nº 1500791-72.2022.8.26.0599 (tráfico), outrora em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de São Pedro com trânsito em julgado para o Ministério Público em 21 de outubro de 2023 e para a defesa em 22 de novembro de 2023. A pena foi exasperada em 1/6, obtendo-se 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa. Não há reparos.

Na terceira fase, o i. Magistrado reconheceu a presença da causa especial de aumento de pena prevista pelo artigo 40, III, da Lei de Drogas – infração praticada nas dependências de estabelecimento prisional -, majorando a pena em 1/6. Não há reparos. A pena, portanto, é fixada em 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão e ao pagamento de 793 dias-multa.

Ainda na terceira fase, a reincidência afastou a possibilidade de reconhecimento do tráfico em sua forma privilegiada, uma vez não preenchidos os requisitos dados pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006. 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. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA 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 § 4º 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 REINCIDENTE. 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).

O regime inicial não comporta modificação. O réu é reincidente.

A quantidade de pena aplicada e os antecedentes são incompatíveis com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, nos termos do art. 44 e 77 do Código Penal.

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte do réu. Assim, o valor do dia-multa é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabelecido em seu menor padrão monetário.

4. Do Voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo *in totum* a r. sentença.**

MARCOS ZILLI

Relator