



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000356196

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501771-43.2024.8.26.0536, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JEFFERSON AURINO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 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: (i) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a pena base no mínimo legal; (ii) readequar a pena ao final imposta para 05 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.", de conformidade com o voto do Relator(a), que integra este acórdão.

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

São Paulo, 8 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9498

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1501771-43.2024.8.26.0536

Apelante: Jefferson Aurino da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

**Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal do Foro da Comarca de São
Vicente**

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO
ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA
PROBATÓRIA. READEQUAÇÃO DA SANÇÃO
PENAL.**

I. DO CASO EM EXAME.

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Jefferson Aurino da Silva, contra a r. sentença que o condenou à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput Lei n. 11.343/06.

2. Pleito recursal absolutório por insuficiência de prova. Pedido subsidiário: (i) readequação da sanção penal; (ii) abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO.

3. Policiais militares em patrulhamento receberam, via COPOM, informações dando conta da prática do tráfico de drogas por certo indivíduo. No endereço indicado, avistaram o réu que, ao notar a presença dos policiais, dispensou uma sacola e tentou escapar. Réu que foi perseguido e detido. No interior da sacola recuperada, havia 29 porções de cocaína, com peso bruto de 26 gramas; 33 porções de maconha, com peso bruto 35 gramas; e 7 porções de crack, com peso bruto de 2 gramas.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

4. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos policiais militares indicando a detenção em flagrante do acusado, que, ao visualizar os agentes dispensou uma sacola e empreendeu fuga. Sacola apreendida em cujo interior havia 29 porções de cocaína, 33 porções de maconha, e 7 porções de crack. Credibilidade da narrativa 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. Versão do réu isolada no conjunto probatório.

5. Da dosimetria. Pena base fixada acima do mínimo legal. Impossibilidade de reconhecimento dos maus antecedentes. Condenação extinta há mais de uma década antes dos fatos tratados nos presentes autos. Manutenção das circunstâncias judiciais desfavoráveis que implicaria na perpetuidade dos efeitos negativos das condenações. Fixação da pena base no mínimo legal. Agravante da reincidência adequadamente reconhecida. 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. Inviabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO

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

Legislação Citada: Lei n. 11.343/06, art. 33, caput.

Jurisprudência Citada: STJ, HC n.º 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016; STJ, HC n.º 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa em favor do réu **JEFFERSON AURINO DA SILVA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Rodrigo Barbosa Sales**, da 3ª Vara Criminal do Foro da

Comarca de São Vicente, que julgando procedente a pretensão deduzida na denúncia, o condenou à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Em razões recursais, a defesa pugna pela absolvição do réu em razão da fragilidade probatória. Assevera que as provas produzidas estão circunscritas aos relatos oferecidos pelos policiais militares, os quais devem ser recebidos com cautela, uma vez que fornecidos com parcialidade. Destaca a ausência de elementos que indiquem o envolvimento do apelante no comércio de entorpecentes, pontuando que o acusado negou a prática delitiva durante toda a persecução penal. Subsidiariamente, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal. Requer, por fim, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando. (fls.168/178).

Contrarrazoado o recurso (fls. 184/196), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 210/212).

É 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

2.1. Dos fatos provados

O réu foi denunciado e processado como incurso no art. 33, *caput*, da 11.343/06, porque, no dia 4 de maio de 2024, por volta de 11h32, na rua Eduardo Cação, nº 958, Jardim Rio Branco, na cidade e comarca de São Vicente, trazia consigo e guardava, sem autorização, para fins de entrega a consumo de terceiros, consistentes em cocaína, maconha e *crack*, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, no dia dos fatos, policiais militares em patrulhamento receberam, via COPOM, informações de que um indivíduo pardo, vestindo bermuda preta estampada e camiseta regata clara estampada, traficava drogas ilícitas no local dos fatos. Consta da inicial acusatória, que, baseados nas informações recebidas os policiais se dirigiram ao local dos fatos, onde divisaram o acusado, em frente ao numeral 958, daquela via, agachado com uma sacola plástica nas mãos. Ao perceber a presença dos agentes públicos, o réu soltou a sacola e adentrou em uma viela, gerando suspeita, motivo pelo qual foi perseguido e detido. Em revista pessoal foi encontrada com o acusado a quantia de R\$ 11,05 (onze reais e cinco centavos) em moedas. Ato contínuo, apreenderam a sacola que anteriormente o réu havia jogado ao chão, em cujo interior havia 29 porções de cocaína, com peso bruto de 26 gramas; 33 porções de maconha, com peso bruto 35g; e 7 porções de *crack*, com peso bruto de 2 gramas.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 37/39). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

2.2. Das provas produzidas

Em delegacia, a policial militar Mirian Sabino de Pádua Santos,

responsável pela prisão em flagrante do réu, disse que realizavam patrulhamento, quando receberam informação, através do COPOM, descrevendo as características físicas e vestimentas de um indivíduo que estava vendendo drogas ilícitas no local dos fatos. Dirigiram-se ao endereço informado, onde, defronte o numeral de nº 958, visualizaram o acusado, agachado, segurando uma sacola de plástico. Ao avistar os policiais, o acusado dispensou a sacola no chão e tentou fugir. Foi, contudo, capturado. Revistado, encontraram a quantia de R\$11,05 (onze reais e cinco centavos) em moedas. Verificaram que no interior da sacola, que o acusado dispensara ao solo, havia várias porções de substâncias semelhantes a maconha, cocaína e *crack*, todas separadas em porções próprias para o comércio.

Em juízo, manteve a narrativa. Confirmou que faziam patrulhamento quando receberam, via COPOM, informações acerca de um indivíduo que traficava no local dos fatos. Dirigiram-se ao endereço indicado, onde divisaram o acusado. Este, ao visualizar os agentes públicos, dispensou a sacola com as drogas e tentou fugir, fato que gerou suspeita nos agentes, que o perseguiram e o detiveram. A sacola por ele dispensada foi recuperada, sendo encontradas porções de drogas em seu interior.

No mesmo sentido convergiram os relatos do policial militar William de Souza Fonseca, ouvido em ambas as fazes da persecução penal.

Em solo policial, o acusado permaneceu em silêncio. Interrogado em juízo, negou a prática delitiva. Disse que residia e trabalhava próximo ao local dos fatos. No momento do ocorrido, estava trabalhando. Ao sair à rua, viu um menino correndo. Afirmou que os policiais o abordaram e o questionaram acerca do paradeiro do menor. Ato contínuo, os policiais o conduziram ao local onde estava a sacola contendo os entorpecentes. Foi questionado acerca do que fazia no palco dos acontecimentos. Respondeu que trabalhava no local. Indicou a residência onde morava aos policiais. Segundo narrou, populares que assistiam à abordagem, afirmaram aos policiais que o acusado não estava vendendo drogas. Relatou que consome *crack* e que havia recebido dez reais de seu patrão.

2.3. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para maconha, cocaína e *crack* (fls. 16/17). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada dos laudos de exame químico toxicológico definitivos (fls. 107/109).

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

Com efeito, os policiais Miriam e Willian apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Realizavam patrulhamento de rotina, quando, receberam, via COPOM, informações indicando que u indivíduo comercializava drogas no local dos fatos. Ao chegarem no endereço indicado, avistaram o réu, que, ao enxergá-los, evadiu-se, largando ao chão uma sacola. Abordaram o acusado e recuperaram a sacola, em cujo interior encontraram 29 porções de cocaína (massa líquida: 7.9 gramas), 33 porções de maconha (massa líquida: 18.4) e 7 porções de *crack* (massa líquida: 1.4 gramas).

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, 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 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 comprometesse 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:

(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

Ademais, a par da prova oral, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação (fls. 16/17). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo, positivo para *cannabis sativa* L e cocaína (fls. 107/109).

Por outro lado, a versão apresentada pelo réu mostrou-se frágil e inverossímil, sendo contrariada pelos depoimentos apresentados pelos policiais militares que, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidos. Como já dito, com fins a averiguar informação recebida, via COPOM, se dirigiram ao local dos fatos, onde divisaram o acusado, que ao vê-los, evadiu-se, largando ao solo uma sacola plástica. Após, conseguirem conter o réu, verificaram que no interior da sacola havia várias porções de substância semelhantes à maconha, cocaína e *crack*, separadas em porções. A alegação, do réu, de que a propriedade daquelas substâncias lhe foi falsamente atribuída não soa verossímil. Afinal, não veio acompanhada de qualquer elemento de convicção que sustentasse, minimamente, aquela narrativa. Trata-se de acusação

grave, que não poderia ser acolhida sem que houvesse algum fundamento que conferisse o mínimo de plausibilidade. Não há, nesse sentido, qualquer elemento que demonstre a má intenção dos policiais militares 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 policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição do réu pela prática do crime previsto pelo artigo 33, *caput* da Lei de Drogas.

A condenação foi a medida correta.

3. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença.

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:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.
(...)

7. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

(STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. TRÁFICO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. (...)

3. O crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito. (...)

10. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

4. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.

5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

A destinação comercial foi comprovada. Muito embora a quantidade de entorpecentes apreendidos não fosse, de todo, exagerada, por certo mostrava-se incompatível com qualquer alegação de posse para uso pessoal. Afinal, tratava-se de 29 porções de cocaína (massa líquida: 7.9 gramas), 33 porções de maconha (massa líquida: 18.4) e 7 porções de *crack* (massa líquida: 1.4 gramas).

Não se pode olvidar, por outro lado, de sua forma de acondicionamento, vez que as drogas estavam embaladas em porções, o que demonstra a destinação que seria dada à droga (fls. 15/17). Os fatos assim postos, portanto, levam à incidência da norma penal dada pelo artigo 33 da Lei de Drogas.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

4. Da dosimetria penal

Na primeira fase da dosimetria, o i. Magistrado fixou a pena base 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias dias-multa. Justificou o aumento em razão dos maus antecedentes ostentados pelo acusado, consubstanciados na condenação definitiva proferida nos autos do processo nº 0021955-252007.8.26.0590, outrora em trâmite perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente, cuja pena foi extinta em 17 de julho de 2009 (fls. 29/30). A operação comporta reparos.

Com efeito, transcorreram mais de 14 anos entre a extinção da pena aplicada ao acusado naqueles autos e os fatos aqui tratados. O tempo decorrido corresponde a mais que dobro do prazo de subsistência dos efeitos da condenação para efeitos de reincidência. Não se mostra razoável, portanto, afirmar a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis após tanto tempo decorrido. Raciocínio contrário levaria à perpetuidade dos efeitos negativos de condenações que o transcurso de longo tempo levou, inclusive, ao afastamento da reincidência.

Dessa forma, a pena-base é devolvida ao mínimo legal, qual seja, 5

anos de reclusão o pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, o i. Magistrado reconheceu a agravante da reincidência em razão de condenação proferida no processo nº 0026463-38.2012.8.26.0590 (roubo), outrora em trâmite perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente, com trânsito em julgado para defesa em 21 de agosto de 2019 e para o Ministério Público em 15 de julho de 2019 (fls. 30), exasperando a pena em 1/6. Não há reparos. Obtém-se, assim, 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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 § 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 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).

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.

Em relação ao valor do dia-multa, não havendo razões que justificassem um aumento superior ao mínimo, foi fixada em 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos. Nenhum reparo deve ser feito.

Por fim, agiu bem o i. Magistrado em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

5. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, para: (i) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando a pena base no mínimo legal; (ii) readequar a pena ao final imposta para 05 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.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

MARCOS ZILLI

Relator