



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000379444

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503088-57.2024.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante ALTAIR ALEXANDRE BUZINARIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1503088-57.2024.8.26.0510
Comarca de Rio Claro - 1ª Vara Criminal
Apelante: Altair Alexandre Buzinario
Apelado: Ministério Público
TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
Voto nº 51.498

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 – RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – Demonstradas satisfatoriamente a autoria e a materialidade do crime de tráfico de entorpecente, de se manter a condenação do agente, decretada em primeiro grau.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28, DA LEI N. 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE - Descabida a desclassificação para uso, quando a prova dos autos demonstra de forma indubitosa a autoria e a materialidade delitiva do tráfico de drogas.

APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, VEZ QUE SUA NEGATIVA COM BASE NA REINCIDÊNCIA CARACTERIZA *BIS IN IDEM* – NÃO VERIFICADO - Não caracteriza *bis in idem* a utilização da reincidência como circunstância agravante da pena e como causa impeditiva da aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Precedentes do STJ.

DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA E ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – Ante a comprovada reincidência do apelante, deve ser mantido o regime inicial fechado, tal como fixado na r. sentença recorrida, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea b” e § 3º, do Código Penal. Além disso, a detração do tempo de prisão provisória deverá ser analisada na fase de execução.

Recurso improvido.

Vistos.

1 - Trata-se de apelação interposta por Altair Alexandre Buzinario contra a r. sentença prolatada em 9 de dezembro de

2024, pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro, que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no piso, negado o recurso em liberdade (fls. 144/145).

A Defesa, em suas razões, pugna pela absolvição, por insuficiência probatória ou a desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, vez que sua negativa com base na reincidência caracteriza *bis in idem*, no patamar máximo de dois terços; a aplicação da detração, prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com o consequente abrandamento do regime prisional (fls. 168/185).

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu pela manutenção da decisão recorrida (fls. 191/195).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 207/210).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Consta da denúncia que, no dia 05 de agosto de 2024, por volta das 17:15 horas, na Avenida 84 B V, ao lado do nº 124, Boa Vista, no município e comarca de Rio Claro, ALTAIR ALEXANDRE BUZINARIO, qualificado às fls. 05 e 07/09, com intuito mercantil, para consumo de terceiros, trazia consigo 49 (quarenta e nove) porções da substância entorpecente denominada cocaína, na forma de crack, totalizando

peso líquido aproximado de 15,8 gramas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 15, laudo de constatação de fls. 17/19 e laudo químico-toxicológico de fls. 67/69, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que o denunciado encontrava-se em frente a uma casa abandonada no local, conhecido como ponto de venda de crack, e ao notar a aproximação de policiais militares em patrulhamento, jogou o que tinha nas mãos e saiu em disparada em direção a uma área de mato.

Entretanto, o denunciado acabou abordado e, muito embora nada fosse localizado em seu poder durante a revista pessoal realizada, constatado que aquilo que havia dispensado se tratava de uma sacolinha com 49 (quarenta e nove) pedras de crack, muito embora resistisse, foi contido e conduzido ao plantão policial em flagrante.

Interrogado por ocasião do flagrante, o denunciado (fls. 05) permaneceu em silêncio, mas considerando a reincidência, os maus antecedentes por crime semelhante, em cumprimento de pena em regime aberto (processo de execução nº 0002644-35.2023.8.26.0510), amparou a conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 47/49).

A denúncia foi oferecida aos 15 de agosto de 2024 (fls. 75/76).

O réu foi notificado e apresentou defesa preliminar (fls. 96 e 100/104).

A denúncia foi recebida em 23 de setembro de 2024

(fls. 110/114) e o acusado citado (fls. 134).

A r. sentença foi publicada em audiência, realizada no dia 9 de dezembro de 2024 (fls. 145).

A materialidade do delito está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 1), boletim de ocorrência (fls. 11/13), auto de exibição e apreensão (fls. 15), laudo de constatação (fls. 17/19), laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 67/69), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria é inconteste.

Na fase policial, o apelante permaneceu silente (fls. 5).

Interrogado em Juízo, o apelante negou a imputação. Afirmou que na ocasião foi comprar droga em uma casa e, com medo, ante a chegada dos policiais, correu para dentro da casa, enquanto as pessoas que ali estavam fugiram. Alegou que não sabia que havia droga no local, negando que lhe pertencesse aquela apreendida. Disse que trabalhava em semáforos fazendo malabares e sua intenção era apenas comprar droga para seu consumo. Acrescentou que não chegou a comprar droga, descartou o seu cachimbo no chão e correu, mas tentou fugir e foi agredido pelos policiais no momento da abordagem (registro audiovisual).

Em Juízo, os policiais militares Newton Cesar Franco da Silveira e Roberto Miguel Mahas, em uníssono, relataram que na ocasião estavam em patrulhamento, passando por conhecido ponto de venda de entorpecentes, quando avistaram o acusado, já conhecido pela prática de

tráfico de entorpecentes, defronte a uma casa abandonada utilizada para o tráfico. Com a aproximação da viatura, o acusado dispensou o que tinha perto de uma porta e correu, mas conseguiram abordá-lo depois dele adentrar em uma área de mato, e, quando retornaram ao local em que estava o acusado, verificaram que a sacola por ele dispensada perto da porta acondicionava quase cinquenta pedras de crack. Esclareceram que não havia outras pessoas no local, bem como não encontraram com ele cachimbo ou qualquer quantia em dinheiro (registro audiovisual).

Ao contrário do sustentado pela Defesa, tudo indica com clareza que o apelante praticou o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Apesar de o réu ter negado a prática delituosa, como geralmente acontece nos crimes de tráfico, não pode sobrepor aos testemunhos prestados pelos policiais, principalmente quando a Defesa não fez qualquer prova capaz de desconstituir ou desacreditar a veracidade desses depoimentos.

Aliás, as alegações do apelante ficaram divorciadas da prova amealhada aos autos.

Os policiais esclareceram, sob o crivo do contraditório, em detalhes e demonstrando segurança, como se deu a diligência, relatando que o local dos fatos é conhecido ponto de venda de drogas. O acusado estava defronte a uma casa abandonada, que é utilizada para a prática da mercancia ilícita. Ao visualizar a aproximação da viatura, o réu dispensou algo que trazia nas mãos atrás de uma porta ou portão existente na casa, evadindo-se em sentido a local de mata, onde foi abordado

e contido. Nada de ilícito foi apreendido na sua posse, porém, ao retornarem ao local em que ele havia dispensado algo, constataram que se tratava de uma sacolinha contendo aproximadamente 50 pedras de crack.

Como é cediço, o testemunho policial é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos do acusado ou quisessem indevidamente prejudicá-lo, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

In casu, não há dúvida razoável de que os policiais aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar o apelante, razão pela qual, deve ser, como foi devidamente considerado tais depoimentos testemunhais na formação do juízo de condenação e de tipicidade.

A propósito:

“(...) A absolvição pela negativa de autoria do agente, não se sustenta quando a condenação é amparada em elementos seguros de convicção, como o depoimento prestado por policiais, as quais formam um conjunto probatório para embasar um decreto condenatório. A palavra de policial tem o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos, por serem revestidos de presunção de veracidade(...)”. (TJMS, AC nº 2011.000352-9/0000-00, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Segunda Turma Criminal, j. 14.02.2011).

Ainda.

“(..). O depoimento testemunhal de policiais, especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mormente quando corroborado com o interrogatório do réu na fase inquisitiva(...)”. (TJMS, AC, nº 2011.013791-6/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Primeira Turma Criminal, j. 15/08/2011).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte”. (STJ - AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/6/2011).

É importante destacar que, não obstante a prova testemunhal seja composta, basicamente, dos depoimentos dos policiais que estavam presentes no dia do delito, esta circunstância não têm o condão de, por si só, e tirar a credibilidade necessária à formação de um juízo de condenação, mormente quando harmônica com os demais elementos existentes nos autos.

Não entendo que os depoimentos dos policiais devam ser tomados com cautelas, isto porque evidenciam a dinâmica dos fatos.

Não se infere dos autos qualquer prova de abuso de

autoridade pelos milicianos, ou de que teriam qualquer interesse em deturpar a verdade, apontando situação inexistente e incriminando um inocente. Não havendo, dessa forma, razão alguma para se desconfiar de suas palavras.

Acerca da validade do depoimento de policiais explica Julio Fabbrini Mirabete: *“Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha”* (in Processo penal, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira segue o entendimento de Damásio Evangelista de Jesus: *“A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). Assim, como já foi decidido, é -inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório - (TACrimSP, RT 530/372)”* (in Código de processo penal anotado. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167).

Embora o acusado tivesse negado a prática do tráfico, afirmando que apenas estaria no local para adquirir drogas e que havia outras pessoas na casa que, com a aproximação da viatura policial, se evadiram, bem como a sacola com as drogas não lhe pertencia, sua versão se encontra em franca contradição com a prova produzida e não merece crédito.

Os policiais foram enfáticos ao afirmar que na casa

não havia mais ninguém e que o réu foi visualizado dispensando algo na casa, evadindo-se, na sequência, sendo constatado posteriormente que se tratava de uma sacola contendo pedras de crack.

Não obstante as ponderações da nobre defesa ao questionar que não seria crível que a sacola pertencesse ao apelante, haja vista ser impossível que o objeto dispensado por ele à distância fosse localizado pelos policiais perfeitamente escondido atrás de uma porta nas dependências internas do imóvel, com a devida vênia, pela prova delineada nos autos, os policiais bem esclareceram, sob o crivo do contraditório, que o acusado se encontrava defronte ao imóvel abandonado e ao visualizar a aproximação da viatura dispensou a sacola contendo as drogas para dentro da porta ou portão que guarnecia o imóvel, evadindo-se, na sequência, não pairando qualquer dúvida de que a sacola lhe pertencia, mormente porque foi visualizado a dispensando e também porque não havia mais ninguém no local.

Da mesma forma, a alegação de que o acusado na verdade havia dispensado um isqueiro e cachimbo para consumo de drogas é mendaz, pois no local foi localizada apenas a droga.

Ressaltaram ainda que o acusado já era conhecido nos meios policiais, inclusive pela prática da mercancia ilícita, já tendo sido abordado em outras ocasiões.

Portanto, verificado que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, haja vista as declarações das testemunhas, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, não há falar em absolvição.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE – (...)– APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Impossível a decretação da absolvição quando a demonstração da autoria e da materialidade do crime decorrem de elementos probatórios suficientes colhidos nas fases judicial e policial.” (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal - N. 2010.028359-5- Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - J. 22.2.2011).

De outra parte, o delito em comento dispensa a prova da efetiva comercialização, pois a sua configuração se aperfeiçoa em qualquer uma das condutas previstas nos 18 (dezoito) verbos que compõem o tipo do delito previsto no art. 33, da Lei 11.348/06, não fazendo a lei qualquer distinção entre os atos de "entregar a consumo", "trazer consigo" ou "transportar" drogas com o ato de "vender" propriamente dito.

Alguns destes comportamentos caracterizam infrações permanentes, tais como a exposição à venda, o transporte, a guarda e o depósito.

Oportuno, ainda, registrar que *“sendo o tráfico de entorpecentes uma atividade essencialmente clandestina e crime de perigo abstrato, punindo-se a conduta de quem expõe a saúde pública a risco, não se torna indispensável prova da efetiva prática de atos de mercancia. Bastam a materialidade delitiva e elementos indiciários que demonstrem a conduta do acusado”* TJMG, Ap 0434130-72.2009.8.13.0106, 4ª Câmara.

Crim., rel. Des. Eduardo Brum, j. 17/11/2010, DJ 30/11/2010.

Além disso, o fato de não ter sido apreendida balança de precisão, dinheiro e anotações em posse do acusado não o impede de responder pela figura do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porquanto a tipicidade do delito de tráfico se relaciona, tão somente, com a substância entorpecente. A existência de apetrechos funcionam como elementos subsidiários.

A jurisprudência vem afirmando tal entendimento, conforme ilustra o seguinte julgado:

"Ainda que não sejam encontrados com os acusados dinheiro, listas com nomes ou qualquer outro indicativo de que as drogas seriam disseminadas, deve-se atentar para a forma a qual a droga apreendida está acondicionada. Embora se encontre pequena quantidade, estando a droga dividida em várias porções, forçoso é que se presuma que sua destinação é de fato a venda. Impõe-se, dessa forma, a denúncia do acusado nos moldes do art. 12 da Lei nº 6.368/1976." (TJDF - APR nº 20030110248572 – 2ª Turma Criminal - Rel. Designado Des. Getúlio Pinheiro - J. 15.04.2004).

Assim, em que pese todo o empenho levado a efeito pela ilustrada defesa tem-se que as provas carreadas aos autos não padecem de nenhuma irregularidade, sendo suficientes para permitir a formação de um Juízo de certeza de que o acusado, efetivamente praticou o delito pelo qual foi processado e encontra-se condenado.

Portanto, verificado que a sentença está em

consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, haja vista as declarações das testemunhas, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, não há falar em absolvição.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE – (...)– APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Impossível a decretação da absolvição quando a demonstração da autoria e da materialidade do crime decorrem de elementos probatórios suficientes colhidos nas fases judicial e policial.”
(Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal - N. 2010.028359-5- Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - J. 22.2.2011).

Da desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06

Pugna o apelante pela desclassificação do delito de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Diante do forte conjunto probatório a demonstrar que o apelante adquiriu as drogas com a finalidade de comercializá-las motivo pelo qual, não há falar em desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Insta salientar que embora faça o uso da droga, tal fato não escusa a conduta de traficante que restou suficientemente configurada pelas provas colacionadas nos autos.

Dos relatos apresentados pelos policiais militares dessume-se, que o acusado estava na posse de 50 pedras de crack, embaladas individualmente e prontas para a venda, em conhecido ponto de tráfico, dão mostras evidentes que aquelas drogas se destinavam ao comércio ilícito.

Os depoimentos dos milicianos, que participaram da diligência que culminou com a apreensão das drogas e prisão em flagrante do apelante são firmes e coerentes, acerca da comprovação do tráfico de drogas descrito na peça acusatória.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA IDADE DO MENOR. SÚMULA Nº 74 DO STJ. I. No tráfico de drogas, praticado de modo sub-reptício e às escondidas, especial valor deve ser conferido aos indícios e às provas indiretas. II. O local e as condições da apreensão, além da prova testemunhal, indicam a traficância. III. A condição de usuário, por si só, não afasta o delito do art. 33 da Lei de Drogas. As condutas comumente agregam-se. IV. O enunciado da Súmula nº 74 do STJ não exige expressamente a certidão de nascimento. Qualquer documento hábil presta-se para comprovar a idade do adolescente. No caso, presente termo de declarações prestadas na DCA. V. Apelo desprovido. (TJDF; Rec. 2010.01.1.196177-3; Ac. 535.390; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/09/2011; Pág. 284).

Cumpre ainda asseverar que “a condição de

usuário, concomitantemente à de traficante, não permite a pretendida desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei antidrogas” TJMT, Ap 11.489/2009, 1ª Câ. Crim., rel. Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, j. 15/09/2009, p. 39.

A lei não descriminaliza o fato em razão da quantidade de entorpecente apreendido como agente. O crime de uso de entorpecente é de perigo abstrato, sendo a saúde pública o interesse penalmente tutelado (TJRJ – Apelação Criminal 852/89 - Rel. Eugênio Sigaud).

Desta forma, ante as circunstâncias elencadas nos autos, a demonstrar a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2003, resta inviável o pleito desclassificatório para o delito previsto no artigo 28 do mesmo diploma legal.

Por fim, convém consignar que:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207).

A propósito.

"4.2. "[...]" Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento assente no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou

rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp n. 445.549/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/10/2016)" (STJ, AgRg no AREsp 1.354.257/MS – Quinta Turma – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – DJe 26/9/2019).

DOSIMETRIA DAS PENAS

As penas foram estabelecidas sob o seguinte fundamento, *in verbis*:

"Isto considerado, passo à dosagem da pena. Considerando o disposto no artigo 59, do Código Penal, e artigo 42 da Lei de Tóxicos, não se tratando de quantidade expressiva de entorpecentes, possível seja a pena base fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa. A pena base, no entanto, deve ser agravada em 1/6 (um sexto) em função da recidiva, não se exigindo que seja específica, totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, estes no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do acusado. Por fim, diante do entendimento já firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça, de que não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem, a recidiva também afasta objetivamente a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Ante o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão acusatória e, com fundamento no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06 e artigo 61, inciso I, do Código Penal, CONDENO o acusado ALTAIR ALEXANDRE BUZINARIO à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, diante da situação econômica do acusado, a ser corrigido desde a época do fato. A pena cominada ao acusado deverá ser inicialmente cumprida em regime prisional fechado, não apenas em função da natureza hedionda do delito, mas também em função, principalmente, da recidiva, inviabilizando-se a interposição de recurso em liberdade, já que persistem os fundamentos que determinaram a prisão cautelar, sem prejuízo de eventual progressão em sede de execução provisória." (fls. 145).

As penas foram estabelecidas em patamar compatível e proporcional ao fato concreto, devendo ser mantidas.

Aplicação do redutor, previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Não há que se falar na ocorrência de *bis in idem* pelo fato do agravamento da pena em razão de comprovada reincidência e, ainda, deixado de aplicar o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Verte da certidão estadual de distribuições criminais (fls. 35/37), que o apelante ostenta duas condenações definitivas anteriores nos autos da ação penal nº **1503637-09.2020.8.26.0510** – furto qualificado; e nº **0003295-24.2010.8.26.0510**, por tráfico de drogas, com trânsito em julgado para a defesa em 16/12/2013, sendo somente a primeira utilizada para o reconhecimento da reincidência.

A reincidência, além de necessariamente agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Note-se que, no caso, a reincidência determina a aplicação da agravante por expressa disposição legal do art. 61, inc. I, CP, refletindo a intensa reprovação do agente que não introjetou valores comunitários após sofrer sanção penal anterior em parco período de tempo. Ao mesmo tempo, evidencia o descumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação do benefício referente à diminuição da pena, reservado para agentes que não tenham contato reiterado com a prática

delitiva e que tenham o crime praticado como um fato episódico em sua vida.

Demais disso, o critério legal da reincidência atende o princípio da individualização da pena, ao passo que somente é aplicável a indivíduos que voltam a praticar fatos puníveis mesmo após a condenação, cuja reiteração criminosa demonstra maior desprezo a ordem social. Dito de outra forma: não é possível equiparar pessoas que nunca praticaram crimes às pessoas que possuem condenações criminais com trânsito em julgado, em reverência aos princípios da isonomia e da individualização da pena.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à ausência de ofensa ao princípio do *non bis in idem* quando aplicada a agravante pela reincidência e ao mesmo tempo considerada como causa obstativa da diminuição da pena.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 2. Reconhecida pelo Colegiado Estadual a reincidência específica do paciente, não há como aplicar a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. 3. Não há ilegalidade na utilização da reincidência como agravante genérica e para

afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. 4. Ordem denegada.” (STJ, HC 147.271/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/05/2012).

Ainda.

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. I - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente, por ser reincidente, não preenche os 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente, por ser reincidente, não preenche os requisitos legais. II - Dentro dos limites legais, uma vez configurada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. III - Não resta caracterizado bis in idem na utilização da reincidência como causa ensejadora da não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como agravante da pena, ante expressa previsão legal. Habeas corpus denegado. (STJ - HC 200901869590, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 04/10/2010).

No mesmo sentido.

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE

ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. PENA AGRAVADA NA SEGUNDA ETAPA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REDUÇÃO PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 VEDADA. AGENTE NÃO PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Não há o que se falar em bis in idem mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico - a reincidência - quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente. 2. Ordem denegada.” (STJ 200802265148, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15/12/2009).

Portanto, para que seja reconhecida/aplicada a minorante em questão, mister que o agente preencha todos os requisitos ali previstos, haja vista elencar condições de caráter objetivo, tais como, ser réu primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades ilícitas ou não fazer parte de organização criminosa, o que não se vislumbra no caso em questão.

Assim, não deve incidir na pena do apelante a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista que, o fato de ser reincidente constitui óbice à aplicação da minorante.

A saber:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. A sentença, ao fixar as penas, estabeleceu a pena-base e dispôs que não havia nenhuma outra causa de aumento ou diminuição de pena a ser considerada, a não ser a reincidência. Ora, desnecessárias maiores referências quanto à impossibilidade de redução da pena em face do disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando esse dispositivo legal expressamente impede o reconhecimento da redutora ao reincidente. É o caso dos autos, pelo que não se verifica falta de fundamentação no decisum hostilizado. MÉRITO. Réu flagrado com drogas e dinheiro em conhecido ponto de venda de drogas. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Condenação que se impunha. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALIDADE. O depoimento de policial tem o mesmo valor dos testemunhos em geral, uma vez isento de suspeição e harmônico com os demais elementos de prova dos autos, de modo que é hábil a embasar um decreto condenatório. Como se sabe, o caráter clandestino de certas infrações, como o tráfico, faz com que os policiais, na maior parte das vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos. Desprezar seus testemunhos seria comprometer a repressão ao crime. No caso, não haveria razão plausível para que incriminassem o réu injustamente. Preliminar rejeitada. Apelo improvido. (TJRS, Apelação Crime Nº 70053114112, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Primeira Câmara Criminal, j. 29/05/2013).

Abrandamento do regime prisional.

Sem razão, o recorrente.

A decisão primeva, acertadamente, determinou o

regime inicial fechado.

No caso em testilha, tratando-se de réu reincidente, é inviável a fixação de regime prisional mais brando, nos termos do art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal. A reincidência, seja específica ou não (tendo em vista que o legislador não fez distinção alguma nesse sentido, sendo, por isso, irrelevante), é circunstância que impede a fixação de regime semiaberto aos condenados à pena superior a 04 e inferior a 08 anos.

Até porque, como é cediço, para a fixação do regime prisional não se pode levar em conta apenas o critério quantitativo da pena aplicada, devendo ser considerados também outros aspectos de natureza subjetiva, de acordo com a necessidade para reprovação e prevenção do crime, conforme inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido.

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO CABÍVEL. PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II.

Conforme dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. III. Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, nos termos do art. 33, parágrafo 2º, alínea b, do Código Penal. Precedentes. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 667.896/PR, Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe 1º/09/2021; g.n.).

No mesmo sentido.

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME FECHADO CABÍVEL. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 269/STJ. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONDENADO REINCIDENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. - O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, nos termos dos enunciados das Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF. - Por outro lado, segundo o enunciado

269/STJ, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. - Na hipótese, apesar de o montante da pena (5 anos e 10 meses de reclusão) comportar, a princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada na reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, 'a' e 'b', e § 3º, do Código Penal, inexistindo, portanto, coação ilegal a ser sanada por esta Corte. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgInt no HC 473.799/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2018).

O regime de cumprimento de pena mais gravoso foi estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos, não se vislumbrando qualquer violação ao enunciado das súmulas nº 718 e 719 do E. STF, e nº 440 do C. STJ.

Da detração.

Diante da pena definitivamente estabelecida, inviável falar-se por ora em detração do tempo de prisão provisória, com base no art. 387, § 2º, do CPP, visto que o apelante se encontra preso cautelarmente desde 5/8/2024 e sequer cumpriu o lapso mínimo da pena privativa de liberdade, por se tratar de reincidente, na esteira do disposto no artigo 112, da Lei de Execução Penal, a amparar o estabelecimento de regime prisional mais brando.

Não obstante, diante da insuficiência de informações, nesta Instância, acerca da real situação prisional do apelante, creio ser inviável a análise de eventual detração, que deve ser realizada no

Juízo da Execução.

Neste sentido é a doutrina de Renato Brasileiro de Lima:

"(...) Explica-se: se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, § 2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si diversas prisões cautelares decretadas por juízes diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo da execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para a prolação da sentença condenatória na audiência uma de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo da execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentadamente, os motivos que inviabilizam a realização da detração na sentença condenatória." (in Curso de Processo Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2013; p. 1525/1527).

Por fim, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de conceder ao réu o *sursis*, porquanto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não preenchidos os requisitos dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

3 – Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso interposto por Altair Alexandre Buzinario, mantendo-se a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
Relator