



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000412137

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1519471-83.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FÁBIO ANTÔNIO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), MENS DE MELLO E IVANA DAVID.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

FREITAS FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL: 1519471-83.2024.8.26.0228
Comarca: SÃO PAULO
Apelante: FABIO ANTONIO DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 45221

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Fabio Antonio da Silva foi condenado a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa por tráfico de drogas, conforme artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. O réu foi flagrado transportando 947 porções de maconha e 521 porções de cocaína. A defesa apelou pleiteando a redução da pena-base, aplicação do redutor do §4º do artigo 33, afastamento da dupla valorização de reincidência e antecedentes, e alteração do regime prisional.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de redução da pena-base e aplicação do redutor do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06; (ii) o afastamento da dupla valorização de reincidência e antecedentes; (iii) a alteração do regime prisional.

III. Razões de Decidir

3. A pena-base foi corretamente fixada acima do mínimo legal devido aos maus antecedentes do réu. A reincidência foi corretamente considerada, não configurando bis in idem.

4. O redutor do §4º do artigo 33 não é aplicável, pois o réu possui maus antecedentes e reincidência, indicando envolvimento com atividades criminosas. O regime inicial fechado é adequado devido à gravidade do crime e à reincidência.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A reincidência e maus antecedentes justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 2. O redutor do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não se aplica a réus reincidentes.

Legislação Citada: Lei 11.343/06, art. 33, caput e §4º; Código Penal, art. 59, art. 64, I.

Jurisprudência Citada: STF, RE 593818, Rel. Min. Roberto Barroso, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020; TJSP, Apelação Criminal 1502474-60.2022.8.26.0530, Rel. Alcides Malossi Junior, j. 18/05/2023.

Vistos.

Ao relatório da r. sentença que adoto, acrescenta-se que **FABIO ANTONIO DA SILVA** foi condenado às penas de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa, no valor mínimo, por transgressão ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Inconformado, apela o réu e, através de sua defesa pleiteia, em síntese, a diminuição da pena-base, a aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, o afastamento da dupla valorização da reincidência e antecedentes e a alteração do regime prisional (fls. 209/217).

Devidamente contra-arrazado o recurso (fls. 222/227), sustentando a r. sentença, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 239/251).

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 14 de agosto de 2024, por volta de 08h30, na Rua Espelho Cristalino, 84,

Conjunto Habitacional Águia de Haia, nesta capital/SP, FABIO ANTONIO DA SILVA, em concurso de agentes com outro indivíduo não identificado, trazia consigo, transportava e guardava, para fins de tráfico, 947 porções de tetrahidrocannabinol – THC (“maconha”), com peso líquido de 7778,2g e 521 porções de cocaína (em pó e petrificado), com peso líquido de 147g, além de um aparelho celular e a quantia de R\$ 30,00, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, na ocasião supra, o acusado, juntamente com seu comparsa, deliberaram praticar o tráfico de drogas no local dos fatos, trazendo consigo, em uma mochila e uma sacola plástica, as drogas descritas acima.

Ocorre que policiais militares em patrulhamento avistaram FABIO carregando uma mochila e uma sacola plástica, juntamente com outro indivíduo não identificado, os quais passaram a correr ao avistar a viatura policial.

Os policiais, então, saíram ao encalço dos meliantes até uma viela, quando observaram que FABIO arremessou ao chão a mochila e a sacola que carregava, sendo abordado em seguida, contudo seu comparsa logrou êxito em evadir-se.

Em revista pessoal, foi encontrada na posse de FABIO a quantia de R\$ 30,00 e, caído ao chão, ao lado do denunciado, um aparelho de celular, marca Motorola, que ele negou ser

de sua propriedade.

Recuperadas a mochila e sacola plástica que FABIO carregava, os policiais lograram encontrar em seu interior as substâncias entorpecentes acima descritas. Indagado a respeito dos fatos, FABIO confessou que sua função era a de transportar as drogas localizadas, a fim de abastecer as “biqueiras” da região.

Primeiramente ressalta-se que é inconteste a autoria do tráfico, uma vez que a versão acusatória foi seguramente corroborada pelo depoimento dos policiais responsáveis pelas diligências, os quais indicaram o flagrante do réu em posse das drogas.

O conjunto probatório, portanto, é seguro e harmônico, não havendo dúvidas acerca da materialidade e da autoria dos crimes, tanto é que a defesa sequer questionou a condenação do réu.

Cabe salientar que a prova colhida sob o crivo do contraditório mostrou-se plenamente apta a embasar o decreto condenatório, não sendo necessário esmiuçar aqui toda a prova dos autos, pois isto já foi feito, com todos os detalhes e ponderações na sentença condenatória.

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram

devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção colhidos ao longo da *persecutio criminis*.

O recurso postula apenas a alteração da pena e regime impostos ao réu, não assistindo razão à defesa. Vejamos.

A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, diante dos maus antecedentes que o réu ostenta (fls. 48/52).

Ao contrário do que alega a defesa, o limite temporal de cinco anos é utilizado para fins de caracterização de reincidência, podendo, entretanto, a decisão cuja punibilidade foi extinta há mais de cinco anos caracterizar maus antecedentes.

E, destaca-se, que a lei foi expressa no dispositivo relativo à reincidência com relação ao prazo limite, de modo que se o legislador se omitiu com relação aos maus antecedentes entende-se que deliberadamente não quis prever o mesmo prazo depurador.

Justifica-se tal entendimento visto que o acusado que já cometeu crime anterior e foi condenado irrecorrivelmente e, ainda assim, voltou a delinquir, possui as condições do artigo 59 do Código Penal desfavoráveis, o que autoriza a majoração

da pena. Este incremento é medida de justiça pois, não parece equitativo que o réu absolutamente primário tenha o mesmo tratamento do que o réu que já cometeu delito anterior.

E, no mesmo sentido, a doutrina é precisa:

"A condenação anterior não tem efeito perpétuo, para fins de reincidência. Após cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena imposta pela condenação anterior, esta não mais prevalece, ou seja, perde a sua força de gerar reincidência quanto ao crime subsequente. O agente retorna à qualidade de primário (deixa de ser reincidente), embora aquela condenação ainda possa ser considerada em maus antecedentes, como circunstancia judicial (vide comentário ao CP, art. 59, 'caput'), ou teir reflexos processuais (na liberdade provisória ou fiança" (CÓDIGO PENAL COMENTADO, Celso Delmanto, p. 104, 3ª ed. 1991, renovar).

Ademais, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, em apreciação do Tema 150 da Repercussão Geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese:

"Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" (Relator: MIN. ROBERTO BARROSO; Leading Case: RE 593818;

Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020).

E este é o entendimento deste E.

Tribunal:

*“PENAL. APELAÇÃO. ROUBO
"SIMPLES". CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. (...). 2)
Dosimetria das penas. A) Afastamento dos maus antecedentes.
Impossibilidade. Decurso de tempo que não inibe "maus antecedentes".
É possível de valoração, como "maus antecedentes", condenações
passadas em julgado ou cuja punibilidade fora extinta há mais de cinco
anos, posto que o decurso do período depurador apenas inibe o
reconhecimento da "reincidência", na dicção do artigo 64 do CP.
"Direito ao esquecimento" não reconhecido. Observância ao princípio
da individualização das penas. Art. 5º, XLVI. Questão definida diante do
julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral
reconhecida, que fixou a seguinte tese: "Não se aplica para o
reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de
prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal." (...)
Negado provimento.” (TJSP; Apelação Criminal
1502474-60.2022.8.26.0530; Relator (a): Alcides Malossi Junior;
Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão
Preto - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/05/2023; Data de
Registro: 18/05/2023)*

Portanto, não há que se falar no
afastamento dos maus antecedentes.

Na segunda fase, foi corretamente elevada a sanção do acusado, pois é reincidente, conforme se observa da certidão de fls. 48/49, processo nº 0022172-51.2016, no qual foi extinta a pena do réu em 06/09/2023.

Não há que se falar em afastamento da recidiva, alegando ser uma dupla condenação.

A referida circunstância agravante encontra amparo na própria Constituição Federal, diante da interpretação dos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, bem como na individualização da pena. Tem-se dessa forma, que tal acréscimo decorre da necessária distinção que se há de fazer entre os agentes, após análise da personalidade de cada um, tendo em vista atos pregressos de seu comportamento social. Sendo clara a injustiça, caso contrário, em que o reincidente receba o mesmo tratamento dado a um condenado primário.

Portanto, o aumento da pena pela reincidência não sugere que o réu está sendo punido duas vezes pelo crime cometido, mas, diferentemente, pelo que os atos praticados pelo agente refletem em relação ao seu comportamento social.

Ora, voltar a cometer um crime revela maior reprovabilidade no fato concreto em julgamento e que merece uma resposta penal mais severa, justificando a imposição da reincidência e de suas consequências, como o afastamento de eventuais

benefícios que poderiam ser concedidos ao agente.

Este é o entendimento adotado
pelos Egrégios Tribunais Superiores:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE. (...). I. Apenas a dupla valoração do mesmo fato configura o indevido bis in idem, o que não restou demonstrado nos autos, porquanto os fatos geradores são distintos, não se configurando hipótese de aplicação da Súmula 241/STJ. II. No que refere à suposta inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da reincidência como causa de gravame da pena, o Supremo Tribunal Federal, seguido por esta Corte Superior de Justiça, reconhecem que a aludida agravante genérica foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação aos Princípios da Isonomia, da Culpabilidade e do Non bis in Idem. III Com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento da pena, para aqueles que cometem tráfico ilícito de entorpecentes, é o inicial fechado. IV. Ordem denegada.” (HC 145.061/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010).

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REINCIDÊNCIA - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. II - Fere o

disposto no art. 61, inciso I do CP, a rejeição de sua incidência sob pretextos de bis in idem, concretamente incorrente, de não ser o reincidente necessariamente mais perverso e de que o Estado é estimulador da reincidência. Recurso provido." (REsp 453818/RS, 5ª Turma, DJU de 18/11/2002).

“HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. NECESSIDADE DE APREENSÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. 1(...). 2. “A não aplicação da agravante da reincidência evidencia a violação ao artigo 61, I, do Código Penal, pois inexistente a inconstitucionalidade do dispositivo que a prevê. O simples reconhecimento da reincidência não importa em bis in idem, porquanto tão-só visa reconhecer maior censurabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado da sentença em que anteriormente foi condenado.” (AgRg no REsp 916657/RS, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJ de 28.4.08).

“A majoração da pena resultante da reincidência não configura violação ao princípio do non bis in idem. Com base nesse entendimento e assentando a recepção, pela CF/88, do inciso I do art. 61 do CP ('São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I a reincidência'),

a Turma indeferiu habeas corpus em que condenado pela prática do crime de roubo, cuja pena fora majorada em razão da reincidência, e mantida pelo STJ, sustentava que a sua utilização, como causa obrigatória de agravamento de pena, conflitaria com o aludido princípio constitucional, porquanto estabeleceria como regra a punição a fato já punido. Considerou-se que o acórdão do STJ estaria em consonância com a orientação pacificada nesta Corte. Precedentes citados: HC 73.394/SP (DJU de 21.03.1997); HC 74.746/SP (DJU de 11.04.1997)” (HC nº 91.688/RS 2ª T Rel. Min. EROS GRAU j. 14.08.2007 Informativo 476).

“Este Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da circunstância agravante da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida” (STF 1ª Turma, HC 93.969/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 22.04.2008).

Na derradeira etapa da dosimetria, em que pese a alegação defensiva, não há que se falar na aplicação do redutor.

Essa causa especial de redução de pena deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no §4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não ocorre no caso em testilha.

Contrariamente ao que a defesa alega, ficou claro o envolvimento do réu com atividades criminosas, tanto é que possui maus antecedentes e reincidência, a qual, aliás, impede a concessão deste privilégio.

Assim, é incogitável aplicar o redutor de pena.

Assim, a pena do acusado totalizou em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa.

Inviável, ainda, que o regime prisional inicial seja diverso do fechado, afastando-se o pedido defensivo.

Destaca-se que o próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só a quantidade de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela, o

acusado não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade, sendo detido em posse de diversidade de drogas, de modo que a culpabilidade é exacerbada e indica total descaso com a vida alheia na busca pelo lucro, conforme dosimetria na dosimetria acima. E, ainda, ele é reincidente e ostenta maus antecedentes.

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

Nesse sentido:

“Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.” (STF. Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98)

"A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais"
(TACRIM - SP - Ap. José Habice - j . 09.03.1998 - RJTACrim 37/354)

Sendo que o tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangerem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

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

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

“Tráfico ilícito de entorpecentes e

associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/06).(…) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas."
(TJ/SP. AP

0010278-68.2012.8.26.0510.

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013)

"Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização,

em seu poder e ao ensejo de revista, de R\$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido.”
(TJ/SP. AP

0071629-66.2012.8.26.0114.

Órgão julgador: 5ª Câmara de
Direito Criminal. Relator(a):

Pinheiro Franco. Data do
julgamento: 04/07/2013).

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

Por tais razões, pelo meu voto,
NEGO PROVIMENTO ao recurso defensivo, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Arrematando-se, tendo em vista que os motivos que ensejaram o decreto da prisão preventiva são idôneos e persistem até o presente momento, não há qualquer motivo para determinar sua cassação. Assim, mantém-se a prisão preventiva. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra.

Aguinaldo de **FREITAS FILHO**
RELATOR