



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000437572

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504085-44.2023.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ANDERSON BUFFALLO GALBIATTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram 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), FREITAS FILHO E IVANA DAVID.

São Paulo, 6 de maio de 2025.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1504085-44.2023.8.26.0229

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelado: Anderson Bufallo Galbiate

Foro da Comarca Hortolândia – 2ª Vara Criminal

Juiz(a) de 1ª Instância: Dr. Christiano Rodrigo Gomes de Freitas

Voto nº 2570

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS EM IMEDIAÇÕES DE PRAÇA PÚBLICA. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. RECURSO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra sentença que condenou Anderson Bufallo Galbiate à pena de dois anos, três meses e seis dias de reclusão, substituída por restritivas de direitos, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, c.c. art. 40, III, da Lei 11.343/06), postulando o afastamento da minorante do tráfico privilegiado, a imposição do regime inicial fechado e a vedação à substituição da pena privativa de liberdade.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se é cabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas; (ii) estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena; (iii) determinar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A reincidência do apelado, reconhecida na sentença, afasta a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça e da própria Câmara julgadora.

4. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas (20 porções de cocaína e 42 porções de crack), a forma de acondicionamento, o local da traficância (praça pública próxima a quadra poliesportiva) e a posse de numerário em espécie evidenciam a dedicação habitual do apelado à atividade criminosa, afastando o conceito de "traficante eventual".

5. A pena definitiva imposta (seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão) e a reincidência autorizam a fixação do regime inicial fechado, em conformidade com o art. 33,

§§2º e 3º, do Código Penal e jurisprudência do STJ.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é inviável, tanto pela quantidade de pena fixada quanto pela gravidade concreta do delito, pela reincidência e pela dedicação do apelado ao tráfico.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso provido.

Tese de julgamento: 1. A reincidência do agente impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. 2. A quantidade e natureza das drogas, o local da traficância e a atuação reiterada no tráfico caracterizam dedicação habitual à atividade criminosa, afastando o tráfico privilegiado. 3. A reincidência e a gravidade concreta do delito autorizam a fixação do regime inicial fechado, independentemente da quantidade da pena. 4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é vedada quando a pena supera quatro anos e quando o crime praticado revela especial gravidade social.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XLVI; Código Penal, arts. 33, §§2º e 3º, 44, I e II, 59, 64; Lei 11.343/2006, arts. 33, caput e §4º, e 40, III.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp n. 1.979.138/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, j. 25/4/2023; STJ, AgRg no HC n. 835.740/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 2/10/2023; TJSP, Apelação Criminal 1501026-39.2024.8.26.0544, Rel. Des. Klaus Marouelli Arroyo, 7ª Câmara de Direito Criminal, j. 25/04/2025.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. sentença de fls. 180/185, cujo relatório adoto, que julgou procedente a ação penal para condenar o réu **Anderson Bufallo Galbiate** à pena de 02 (dois) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, por igual prazo da pena privativa de liberdade que lhe foi aplicada e pela prestação pecuniária no valor de dois salários mínimos, além do pagamento de 227 (duzentos e vinte e sete) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

O Ministério Público busca a reforma da R. Sentença para que seja reformada a dosimetria da pena, afastando-se a diminuição prevista no artigo 33, §4º, bem como seja fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Insurge-se, também, contra a substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de Direito.

O recurso foi processado e respondido em contrarrazões (fls. 202/210).

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 230/241).

É o relatório.

O recurso ministerial comporta provimento.

Narra a denúncia que “*no dia 03 de outubro de 2023, por volta de 16h40, na Rua Bolívia, 100, Jardim Santa Clara do Lago, nesta cidade de Hortolândia, ANDERSON BUFALLO GALBIATTE, qualificado a fls. 09, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, nas imediações de sede recreativa e esportiva (conforme mapa anexo), 20 (vinte) porções de cocaína, com peso aproximado de 13 gramas; e 42 (quarenta e duas) porções de crack, com peso aproximado de 22 gramas (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 16/17 e auto de constatação de fls. 18/19), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Segundo apurou-se, o indiciado promovia o tráfico de drogas em uma praça pública, trazendo consigo pequenas porções de drogas, para entrega a eventuais consumidores, ocultando o restante das substâncias em uma quadra poliesportiva instalada no local.

Ocorre que, na data dos fatos, policiais civis realizavam patrulhamento na região, em razão de ocorrência recente de tráfico de drogas naquela praça, e foram informados que a movimentação típica de traficância persistia no local.

Aproximando-se da praça pública, visualizaram dois indivíduos, em atitude suspeita, sendo que ANDERSON, a todo momento, era abordado por pessoas que se aproximavam, entregava-lhes algum objeto, e estas rapidamente se afastavam. A todo momento, o indiciado dirigia-se até a lateral da quadra poliesportiva próxima e pegava algum objeto, retornando ao mesmo local.

Diante da típica movimentação de traficância, os policiais civis realizaram a abordagem de ANDERSON, encontrando, em seu poder, 05 porções de cocaína, e a quantia de R\$ 91,00 (noventa e um reais) em notas fracionadas.

Indagado sobre o motivo de dirigir-se, a todo momento, à quadra poliesportiva, respondeu que ocultava porções de drogas no local, onde foram encontradas, dentro de uma sacola, mais

15 porções de cocaína e 42 porções de crack.

Com o indivíduo que estava ao lado de ANDERSON, nada de ilícito foi encontrado, esclarecendo que era o companheiro do indiciado e apenas o acompanhava na ocasião.

Assim, diante da natureza, da variedade, da quantidade, da forma de acondicionamento e das circunstâncias da apreensão das drogas, dos valores encontrados, patente que as substâncias pertenciam ao indiciado e se destinavam à entrega a consumo de terceiros.”.

Embora não haja questionamentos neste ponto, verifico que materialidade e autoria delitivas se encontram devidamente comprovadas nos autos pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), pelo boletim de ocorrência (fls. 11/13), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), pela fotografia do local (fl. 75), pelo laudo pericial (fls. 91/93), pelos depoimentos (fls. 03/06) e pela prova oral coligida em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla Defesa.

Por outro lado, embora respeitável notórios saber jurídico do i. Magistrado de Primeiro Grau, razão assiste ao *parquet* quanto aos pontos expostos em suas razões recursais.

A causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas é de natureza excepcional e exige, de forma cumulativa, que o agente seja primário, possua bons

antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso concreto, a própria sentença reconheceu a reincidência do apelado, fundada em condenação transitada em julgado anterior aos fatos ora apurados. Tal circunstância, por si só, afasta a aplicação da minorante.

A reincidência, como se sabe, demonstra a reprovação do agente em relação ao seu comportamento social e sua menor capacidade de adequação às normas legais, evidenciando que já foi anteriormente sancionado e não se absteve de novas práticas delituosas. Trata-se de circunstância objetiva que impede o reconhecimento da benesse, independentemente da natureza do crime anterior, conforme sólida orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. SÚMULA 7/STJ. DISSENSO PRETORIANO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONFISSÃO. SÚMULA 283/STF. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. "No caso dos autos, a agravante da reincidência justifica concretamente o indeferimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.434/2006, pois o réu reincidente não pode beneficiar-se com a benesse referenciada, uma vez que tal circunstância evidencia a dedicação a atividades criminosas. [...] Ainda, no ponto, "o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a reincidência, ainda que por delito de natureza diversa, constitui óbice legal à concessão da minorante do tráfico privilegiado, consoante previsto no art. 33, §

4º, da Lei 11.343/2006, inexistindo bis in idem ante a utilização concomitante na segunda e terceira fases da dosimetria. Precedentes" (AgRg no AREsp n. 1.810.760/PR, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe 16/11/2021)" (AgRg nos EDcl no HC n. 768.833/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 30/3/2023). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.979.138/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENABASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTO VÁLIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em 1/6 acima do mínimo legal com fundamento nos maus antecedentes da paciente, diante do registro de condenação definitiva anterior, também por tráfico de entorpecentes, extinta há mais de 5 anos do cometimento do delito em apreço, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos). A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas poderão ter a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organização criminosa. **Sendo a paciente portadora de maus antecedentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, sendo certo que a utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem.** Precedentes. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 835.740/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023).

Importa consignar que referido entendimento é também observado por esta E. Câmara Criminal, conforme segue:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PROVIDO. I. Caso em Exame Ricardo Silva Freitas foi denunciado por tráfico de drogas, com base no artigo 33 da Lei 11.343/2006, mas teve a imputação desclassificada para o artigo 28 da mesma lei, sendo condenado a medida educativa. A Justiça Pública recorreu, pleiteando a condenação nos termos da denúncia. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta do apelado configura tráfico de drogas, conforme o artigo 33 da Lei 11.343/2006, ou se deve ser mantida a desclassificação para uso pessoal, conforme o artigo 28 da mesma lei. III. Razões de Decidir 3. A materialidade e autoria do tráfico foram comprovadas por laudos e depoimentos de guardas municipais, que flagraram o apelado com porções de cocaína e dinheiro em local conhecido pelo tráfico. 4. A negativa do apelado quanto ao tráfico foi isolada frente ao conjunto probatório, não havendo indícios de que os guardas municipais teriam motivos para imputar crime falsamente. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso provido. Condenação do apelado por tráfico de drogas, nos termos do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Tese de julgamento: 1. **A reincidência impede a aplicação do redutor do tráfico privilegiado.** 2. A quantidade de droga e circunstâncias do flagrante são incompatíveis com a figura de usuário. Legislação Citada: Lei 11.343/2006, art. 33, caput; art. 28, caput; art. 42. Código Penal, art. 59. Código de Processo Penal, art. 387, §2º. Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no REsp n. 1.757.950/SC, Rel. Min. Olindo Menezes, Sexta Turma, j. 1/6/2021. STJ, AgRg no AREsp n. 1.979.138/SC, Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, j. 25/4/2023. (TJSP; Apelação Criminal 1501026-39.2024.8.26.0544; Relator (a): Klaus Marouelli Arroyo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiaí - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/04/2025; Data de Registro: 25/04/2025)

Não bastasse a reincidência, outras circunstâncias do caso concreto também revelam que o apelado não se enquadra no conceito de “traficante ocasional”, o qual a legislação buscou beneficiar.

O tipo e a quantidade de droga apreendida —20 porções de cocaína (13g) e 42 porções de crack (22g) —ultrapassam em muito o que se poderia cogitar como compatível com a atuação

episódica e pontual. A substância conhecida como “crack”, de alto poder viciante e de distribuição mais controlada nas estruturas do tráfico, não é disponibilizada a qualquer agente, sendo usualmente confiada àqueles com maior inserção ou comprometimento com a atividade criminosa.

O comércio ilícito de crack, pela sua natureza peculiar e pelo público-alvo específico, integra, em regra, núcleos mais organizados da traficância, o que demonstra, portanto, maior grau de envolvimento do agente com a atividade criminosa. A significativa quantidade de porções prontas para venda reforça a estrutura profissional da atividade ilícita, afastando a figura do “pequeno traficante eventual” que a lei excepcionalmente protege.

Ademais, o local da prisão do apelado — imediações de quadra poliesportiva, espaço público frequentado majoritariamente por crianças e adolescentes —, aliado ao fato de se encontrar com significativa quantia em dinheiro, além dos entorpecentes já fracionados e embalados para a venda, são indicativos inequívocos de que se dedicava à prática habitual do tráfico, com grau de profissionalismo incompatível com o benefício pretendido.

A atuação em área pública sensível não é casual, mas estratégica, típica do tráfico voltado à captação de novos usuários e à expansão territorial, revelando risco social aumentado e maior gravidade concreta da conduta.

Portanto, somadas a reincidência do apelado, a natureza e quantidade dos entorpecentes, o local da apreensão, a forma de acondicionamento da droga e a posse de numerário em espécie (decorrente da mercancia ilícita já consumada), resta evidente que o réu se dedicava às atividades criminosas de forma contumaz, circunstância que também afasta, por fundamento adicional, a aplicação da causa especial de diminuição de pena.

Permitir a concessão da benesse em casos tais seria esvaziar o espírito da lei e premiar o traficante profissional que, reiteradamente, atenta contra a saúde pública e a ordem social.

Assim, impõe-se o acolhimento do pleito ministerial, afastando-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, com o consequente redimensionamento da reprimenda.

Dessa forma, tem-se a reprimenda final de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Nos termos do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial deve considerar, de forma conjunta, a quantidade da pena aplicada, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, ainda, a reincidência do agente.

No presente caso, a pena aplicada ultrapassa o patamar de quatro anos e é inferior a oito anos. Contudo, a existência de reincidência, circunstância agravante legalmente prevista, impede a fixação de regime mais brando.

A jurisprudência é firme no sentido de que **a reincidência, por si só, autoriza a imposição do regime mais rigoroso**, independentemente da quantidade da pena aplicada. Trata-se de condição pessoal do agente que revela a necessidade de maior rigor na execução penal, como forma de reprovação e prevenção da conduta.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido:

RECONSIDERAÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS DIVERSOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DO DECURSO DO PERÍODO DEPURADOR. REINCIDÊNCIA EVIDENCIADA. REGIME FECHADO ADEQUADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA, MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que "a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as utilizadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda etapa, como no caso em apreço" (AgRg no HC n. 526.085/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 16/12/2019), situação que se amolda ao caso dos autos.
2. Nos termos do art. 64 do Código Penal, a contagem do período depurador de 5 anos tem como marco inicial a extinção da pena ou seu cumprimento e, como marco final,

a data do novo delito. No caso, o paciente é reincidente, uma vez que, na data dos fatos ora em análise, não havia transcorrido o período depurador de cinco anos do término do cumprimento da pena imposta em processo anterior.

Precedentes.

3. Mantida as penas aplicadas ao paciente em patamar superior a quatro anos de reclusão, acrescido do fato de existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, que resultaram na fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como em razão da reincidência, correta a adoção do regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 981.839/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/3/2025, DJEN de 26/3/2025.)

Não se pode olvidar, ademais, que o crime em exame —tráfico de entorpecentes— revela gravidade concreta, em razão da natureza altamente viciante da droga (crack), da quantidade e da forma de atuação do agente, conforme anteriormente delineado. A comercialização de substâncias entorpecentes nas imediações de equipamentos públicos, como quadras poliesportivas, agrava ainda mais a censurabilidade da conduta.

Diante da reincidência e da gravidade concreta dos fatos, a fixação do regime inicial **fechado** é a medida que melhor atende aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da proteção da ordem pública.

Por fim, consigno que o apelado não preenche os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direito.

Primeiro, a pena definitiva aplicada —06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão —supera o limite de 04 anos estabelecido pelo art. 44, inciso I, do Código Penal, impedindo a substituição por critério objetivo.

Além disso, mesmo que superado esse óbice, o tráfico de drogas é crime de extrema gravidade, por atentar contra a saúde pública e por ter desdobramentos sociais profundamente lesivos, equiparando-se, no entendimento doutrinário e jurisprudencial, a crimes praticados com violência indireta ou grave ameaça difusa.

Ademais, a reincidência do apelado, seu envolvimento reiterado com atividades criminosas e a prática do tráfico em local público e sensível reforçam a necessidade de cumprimento da pena em regime fechado, sem substituições, como forma de reprovação e prevenção adequada da conduta, além do requisito expressamente previsto no artigo 44, II, do Código Penal.

Por tais fundamentos, **afasto a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Ante o exposto, por este voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso ministerial para afastar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, redimensionando a pena ao *quantum* de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial **fechado**, afastada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de Direito.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relatora