



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000447431

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1528686-83.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HENRIQUE SANTOS GIARDINI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 8 de maio de 2025.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 10.081

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1528686-83.2024.8.26.0228

Apelante: Henrique Santos Giardini

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

**Juízo de Direito da 12ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de
São Paulo**

**DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.
PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA FUNDADA
INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PROCLAMADO
RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO
DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE
ABRANDAMENTO DA SANÇÃO PENAL IMPOSTA E
SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR
RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO
IMPROVIDO.**

I. DO CASO EM EXAME.

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Henrique Santos Giardini, contra a r. sentença que o condenou à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput da Lei 11.343/2006. Pretendida absolvição por insuficiência probatória. Pedido recursal visando o reconhecimento do tráfico privilegiado. Pleito recursal de abrandamento da sanção penal imposta ao acusado.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO.

2. Policiais militares, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, visualizaram, em notória região de traficância de drogas, o acusado andando de forma apressada e ostento expressivo volume da região da cintura. A cena motivou a abordagem. Em busca pessoal, foram encontradas na posse do réu 170,03 gramas de maconha e 331,7 gramas de cocaína, além de quantia em dinheiro e um aparelho celular.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

3. 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 o encontro do acusado, em notório ponto de traficância, na posse de 116 porções de maconha e 675 papelotes de cocaína, além de numerário em dinheiro. Credibilidade da prova que não foi afetada diante da ausência elementos de convicção em sentido contrário. Réu que confessou os fatos, em solo policial.

4. Da dosimetria. 4.1. Pena-base fixada acima do mínimo legal ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. 4.2. Agravante da reincidência corretamente compensada pela atenuante da confissão. 4.3. 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. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO

5. Recurso conhecido e, no mérito, improvido.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: Lei n. 11.343/06, art. 33, caput. 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 em favor de Henrique Santos Giardini, contra a r. sentença proferida pela **MMª. Juíza de Direito Marcela Raia de Sant'Anna, da 12ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo**, que julgando procedente a ação penal, o condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Em suas razões, alega a defesa que as provas produzidas são insuficientes para fundamentar o édito condenatório, porquanto estão circunscritas aos depoimentos prestados pelos agentes municipais, os quais devem ser recebidos com cautela, uma vez que fornecidos com parcialidade, já que tendem a legitimar a

sua própria conduta. Subsidiariamente, pleiteia pelo reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, pelo abrandamento da sanção penal imposta e pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 115/120).

Contrarrazoado o recurso (fls. 123/126), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 136/144).

Eis, em síntese, 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 do réu

2.1. Breve síntese dos fatos

O réu foi denunciado e processado como incurso o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, no dia 02 de dezembro de 2024, por volta das 08h30, na rua Caramboleira, nº 78, Jardim Pedro José Nunes, na cidade e comarca de São Paulo, trazia consigo, para fins de tráfico 170,30 gramas de Tetrahydrocannabinol – TCH e 331,70 gramas de cocaína, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme consta na inicial acusatória, na data dos fatos, policiais militares em patrulhamento preventivo divisaram o acusado saindo de uma viela, caminhando apressadamente, trazendo consigo uma sacola e ostentando volume na região da cintura, fato que gerou a suspeita de que o réu portava arma de fogo, motivo pelo qual os agentes de segurança deliberaram pela abordagem. Em busca pessoal, os policiais encontraram na posse do acusado 675 porções de cocaína e 116 porções de maconha, além de R\$ 36,00 (trinta e seis reais) em espécie e um aparelho celular. Durante a abordagem o réu admitiu, informalmente, a traficância, asseverando que a praticava em um ponto conhecido por “Tubulação”. Segundo a denúncia, o acusado teria afirmado que as drogas eram sobras do dia anterior, que havia guardado e que seriam entregues para terceiro que as revenderia.

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 1). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 54/57). Finda a instrução, o acusado foi condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

2.2. Da prova oral produzida

Em juízo, o policial militar Leandro de Oliveira Uzai, responsável pela prisão em flagrante do réu, manteve a versão apresentada em solo policial. Por ocasião de regular patrulhamento, em notória região de tráfico de drogas, avistaram o acusado andando a passos largos, tendo nas mãos uma sacola e, na região da cintura, um acentuando volume, o que despertou a suspeita dos agentes. Diante daquele cenário, decidiram abordá-lo. Em busca pessoal, localizaram na posse do réu considerável quantidade de drogas, além dinheiro em notas variadas. Informalmente, o acusado confessou a traficância. Por fim, disse que também foi apreendido numerário em dinheiro.

No mesmo sentido convergiu o relato do policial Rafael dos Santos Vale, ouvido em ambas as fases da persecução penal. Em juízo, confirmou a narrativa apresentada quando da colheita dos elementos informativos. No dia dos fatos, estavam em patrulhamento preventivo, em conhecido ponto de traficância, quando avistaram o réu caminhando na posse de uma sacola. Nesse contexto,

abordaram o acusado. Segundo narrou, o réu confessou que no interior da sacola havia entorpecentes, os quais seriam por ele eram comercializados.

Interrogado em delegacia, o acusado confessou a prática delitiva. Disse que exercia a traficância e que a droga apreendida era remanescente do comércio realizado no dia anterior aos fatos. Em juízo, permaneceu em silêncio.

2.5. 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 cocaína e maconha (fls.47/51). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo, o qual concluiu tratar-se de 675 porções de cocaína, com massa líquida de 331.70 gramas e 116 porções de maconha com massa líquida de 170.30 gramas (fls.81/84).

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

Com efeito, os policiais militares Leandro e Rafael apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvido em ambas as fases da persecução penal. Realizavam patrulhamento de rotina, em conhecido ponto de traficância, momento em que avistaram o acusado caminhando a passos largos, trazendo nas mãos uma sacola e proeminente volume na região da cintura. A cena despertou a suspeita dos agentes de segurança. No momento da abordagem, encontraram em sua posse diversas porções de cocaína e maconha, além de certa quantia em dinheiro.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais militares, 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 filiou-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 no que tange aos aspectos essenciais da tese acusatória. 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, desconstruir 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)

De qualquer modo, o acusado confessou a prática delitiva em solo policial. Disse que os entorpecentes encontrados em sua posse que eram remanescentes da comércio, por ele praticado, na data anterior aos fatos.

A confissão do réu não está isolada e alinha-se aos depoimentos prestados pelos policiais militares. Assim, a apreensão dos entorpecentes e a prova oral fundamentaram o reconhecimento da responsabilidade penal do acusado.

2.6. 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. DESCLASSIFICAÇÃO 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 DESCLASSIFICAÇÃO 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 675 porções de cocaína e 116 porções de maconha. (fls. 36/37). 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. 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.

3. Da dosimetria penal

Na primeira etapa, a i. Magistrada aplicou a basilar acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/6, obtendo-se a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e ao pagamento de 583 dias-multa. Justificou o aumento em razão dos maus antecedentes ostentados pelo réu.

Conforme se depreende dos autos, o acusado registra condenações, proferidas nos autos dos processos: 0008647-63.2016.8.26.0635 (receptação), outrora em trâmite perante a 28ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, que teve o trânsito em julgado para o Ministério Público em 24 de agosto de 2018 e para a defesa em 29 de novembro de 2018 (pena em cumprimento) (fls. 39/40).

Muito embora a i. Magistrada não tenha feito menção expressa às condenações que fundamentaram o reconhecimento dos maus antecedentes, é possível valorar parte dos antecedentes como circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase, reservando as demais condenações para caracterização de reincidência, aplicável, portanto, na segunda fase. A operação é possível conforme reiteradamente decidido pelos Tribunais que não reconhecem na hipótese violação à garantia do *ne bis in idem*. Não se trata dos mesmos registros criminais, mas sim de registros diversos que são considerados distintos fatos geradores incidentes em fases diferentes da dosimetria. Nesse sentido:

Habeas corpus. Falsificação de documento público. Condenação. 2. Conduta atípica. Falsificação grosseira. Revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório. Análise inviável na via do habeas corpus. 3. Dosimetria. Bis in idem. Não ocorrência. **Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena base e outra como agravante da reincidência.** 4. Regime inicial fechado. Réu reincidente em crimes dolosos e com maus antecedentes. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Ordem denegada.
(STF, HC 108059, 2ª T., rel. Gilmar Mendes, 19/03/2013, v.u.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA PROPORCIONAL E BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO

ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 6. **Não há se falar em ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes.** 7. **Ordem de habeas corpus não conhecida.**

(STJ - HC 241.571/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ROUBO. DECADÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SOLENIDADE DISPENSADA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. **MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.** CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA. [...] **Esta Corte possui entendimento no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes e aplicação da agravante da reincidência.**

(STJ, HC 429.840/SP, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 15/03/2018, v.u.).

No mesmo prisma, também segue o posicionamento perfilhado por esta C. Câmara, *in verbis*:

APELAÇÃO. Roubo simples tentado. Recursos defensivo e ministerial. Insuficiência probatória. Inocorrência. Autoria e materialidade bem demonstradas. Palavra da vítima que merece credibilidade. Condenação confirmada. Desclassificação para o crime de furto. Não cabimento, em razão da inequívoca grave ameaça praticada contra a vítima. Dosimetria. Pretensão ministerial de exasperação da penabase. Possibilidade. **Réu que ostenta duas condenações transitadas em julgado, podendo a excedente ser valorada a título de maus antecedentes. Pena redimensionada.** Regime semiaberto que se mostra adequado considerando a quantidade de pena imposta e as circunstâncias pessoais do acusado. Recurso ministerial parcialmente provido e recurso defensivo improvido. [...] Nas duas primeiras fases, o i. Magistrado sentenciante exasperou a pena do apelante Fernando por uma vez, aplicando o aumento em 1/6, em razão da reincidência evidenciada pela sua folha

de antecedentes (fls. 53/59) e pelas certidões acostadas aos autos (fls. 69/80). Contudo, como bem observado pelo i. Parquet e reforçado pela douta Procuradoria de Justiça, **o acusado ostenta duas condenações transitadas em julgado, cujas penas foram extintas há menos de cinco anos, de modo que cabível o reconhecimento de apenas uma das condenações definitivas como reincidência, valorando-se a excedente a título de maus antecedentes, para a exasperação da pena base.**

(Apelação nº. 0005193-50.2016.8.26.0223, rel. Leme Garcia, 07/05/2019, v.u. grifamos)

LESÃO CORPORAL DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA e AMEAÇA. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra da vítima corroborada por laudo pericial e testemunhas. Dolo evidenciado. PENAS. **Dupla reincidência. Condenações definitivas não alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, I do Código Penal. Possibilidade de valoração de uma das condenações como maus antecedentes e outra como reincidência.** Agravante prevista no artigo 61, II "f", do CP, incidente somente com relação ao crime de ameaça. Substituição e sursis não cabíveis por falta de adequação legal. Recurso parcialmente provido para reduzir a reprimenda.

(Apelação Criminal 0001450-74.2017.8.26.0618, rel. Otávio de Almeida Toledo, 07/06/2019, v.u.).

Considera-se, portanto, a condenação proferida nos autos do processo-crime nº 0008647-63.2016.8.26.0635 para fins de reconhecimento dos maus antecedentes. O aumento aplicado, no importe de 1/6, se mostra adequado. A operação, portanto, não comporta reparos.

Na segunda etapa, a condenação proferida no processo 0005511-58.2016.8.26.0635 (tráfico), outrora em trâmite perante a 4ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, cujo trânsito em julgado para o Ministério Público se deu em 03 de maio de 2018 e para a defesa em 07 de junho de 2018 - pena em cumprimento - (fls. 38/41), foi valorada para a afirmação da reincidência. A agravante foi, contudo, integralmente compensada pela atenuante da confissão. Não há reparos.

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.

(STJ, HC 480.676/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Ainda no mesmo julgado supracitado, assim se manifestou o Exmo.

Ministro Relator:

Dessa forma, extrai-se que a pena do paciente foi agravada em razão da reincidência, circunstância que também foi utilizada para a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Sobre o tema, importa considerar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime, nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal. Outrossim, a reincidência, seja ela específica ou não, constitui óbice à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que um dos requisitos para a incidência do benefício é que o paciente seja primário. Dessa forma, a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento

constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Nesse sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR À PENA DE MULTA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. Documento: 93608481 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 10 de 12 Superior Tribunal de Justiça 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 5. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, é incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais. Precedentes. 6. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que decorrente de apenas uma condenação transitada em julgado, pode ser utilizada para agravar a pena e, concomitantemente, para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sem se falar em *bis in idem*. Precedentes. [...] 8. Habeas corpus não conhecido" (STJ - HC n. 393.709/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2017, grifei).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINITA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP.

POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 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 a i. Magistrada em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Do voto

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, **conheço dos recursos e, no mérito, nego-lhes provimento**, mantendo, *in totum*, a r. sentença recorrida.

MARCOS ZILLI

Relator