



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000323806

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500638-35.2024.8.26.0222, da Comarca de Guariba, em que é apelante CARLOS CESAR ROCHA JUNIOR, 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: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento para: a) compensar a reincidência com a confissão espontânea; b) readequar a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, mantendo-se, no mais, a r. sentença**, 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, 1º de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9879

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1500638-35.2024.8.26.0222

Apelante: Carlos Cesar Rocha Junior

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Guariba

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. CASO EM EXAME

1.1. Apelação interposta pela defesa de CARLOS CESAR ROCHA JUNIOR, contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Guariba, que o condenou à pena de 6 anos, 3 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 631 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

1.2. A defesa pugna pela redução da reprimenda, pela modificação do regime prisional e pela substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, bem como afastamento da pena de multa.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Apelante condenado pela prática do tráfico de drogas porque, nas condições descritas na denúncia, mantinha em depósito, para entrega de consumo de terceiros, porções de cocaína e maconha, além de tijolos de maconha a granel.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Condenação adequada. Materialidade demonstrada. Apreensão e perícia das substâncias entorpecentes e dos petrechos. Autoria comprovada. Depoimentos firmes e uniformes das testemunhas responsáveis pelo encontro do apelante em contexto flagrancial. Confissão judicial.

Destinação comercial comprovada.

3.2. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Expressiva quantidade de entorpecentes. Circunstância preponderante à luz do art. 42 da Lei de Drogas. Reincidência e confissão espontâneas corretamente reconhecidas. Possibilidade de compensação integral da agravante com a atenuante. Tráfico privilegiado corretamente afastado. Manutenção do regime fechado. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. DISPOSITIVO

Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido, com readequação da reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTES CITADAS:

Legislação: Lei 11.343/2006, art. 33, caput; Código Penal, art. 33, §2º; art. 42 da Lei de Drogas.

Jurisprudência: 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. STJ, AgRg no REsp 1779884/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 18/06/2019. TJSP, Apelação n.º 0035076-49.2014.8.26.0114, 16ª Câmara Criminal, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 10/10/2017. STJ, REsp 1931145/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, j. 22/06/2022. TJSP, Embargos de Declaração n.º 0002083-63.2013.8.26.0606/50000, Rel. Des. Vico Mañas, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 28/09/2016. STJ, HC 480.676/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 21/03/2019. STJ, HC n. 326.359/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, DJe 11/05/2017. STJ, AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 10/05/2017.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de **CARLOS CESAR ROCHA JUNIOR**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Henrique Inoue**, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Guariba, que, julgando procedente a ação penal, condenou o apelante à pena de 6 anos, 3 meses e

25 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 631 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 162/172).

A defesa insurge-se contra a reprimenda imposta, postulando pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal. Pugna, ainda, pela redução da reprimenda por força do privilégio e pela modificação do regime prisional para o semiaberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e afastando-se a pena de multa (fls. 173/180).

Contrarrazoado (fls. 191/195), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 222/223).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A parte possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Da apelação

2.1. Dos fatos provados

O acusado foi denunciado e processado pela prática do delito tipificado pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, porque, no dia 03 de outubro de 2024, por volta das 09h45, Vila Gomes de Azevedo, na cidade e Comarca de Guariba, tinha em depósito, para entrega e consumo de terceiros, sem autorização ou

em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 90 (noventa) eppendorfs contendo cocaína, pesando 13,99 gramas de massa líquida; 33 (trinta e três) porções de maconha, pesando 44,85 gramas de massa líquida e 02 (dois) tijolos de maconha, pesando 1.192,62 gramas de massa líquida (fls. 103/107).

Conforme narrado pela denúncia, durante operação policiais civis aproximaram-se da residência do acusado, situada em um conhecido ponto de venda de drogas, e o avistaram em frente ao seu imóvel. O réu adentrou correndo, porém foi detido. Ao ser indagado, disse que preparava um cigarro de maconha e que em seu quarto havia mais entorpecente. Em buscas pelo quarto, próximo à cama, foram localizados, em uma sacola, 90 eppendorfs de cocaína e 33 porções de maconha, bem como petrechos diversos como balanças de precisão, filme plástico, fita adesiva e embalagens plásticas. Dentro de uma bolsa feminina foram encontrados 2 tijolos de maconha e R\$52,00 em dinheiro.

A persecução penal foi instaurada mediante auto de prisão em flagrante. A custódia foi convertida em preventiva. Finda a instrução, foi condenado nos termos da denúncia.

A condenação foi correta.

A despeito do objeto restrito do presente recurso, aponto que a responsabilidade penal do acusado foi devidamente comprovada pelas provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não restando outra possibilidade que o édito condenatório.

A materialidade delitiva foi demonstrada pela apreensão e perícia dos entorpecentes, havendo o registro do encontro de 90 porções de cocaína (13,99 gramas), 33 porções de maconha (44,85 gramas) e 2 tijolos de maconha (1.192,62 gramas). Há, ainda, o registro da apreensão de 3 balanças de precisão, um rolo de fita adesiva, dois rolos de filme plástico, 9 embalagens plásticas e a quantia de 52 reais em espécie (fls. 17/18, 19/20, 83/85, 86/88 e 93/95).

A autoria foi comprovada pela prova oral.

Sob o crivo do contraditório, a testemunha Natália Zoldan Marçal,

policial civil, relatou que estava participando de uma operação na cidade de Guariba quando passou com a viatura por uma região conhecida pelo tráfico de drogas. Ao se aproximar com a viatura, o acusado imediatamente correu para dentro de sua casa. Conseguiu abordá-lo e ele admitiu que havia drogas no imóvel. Vasculhou um cômodo e encontrou, no chão ao lado de uma cama, uma sacola contendo drogas. Tratava-se de entorpecentes já fracionados e prontos para a venda, além de tijolos de maconha. Também localizou pequena quantia em dinheiro. Não conhecia o réu.

A sobredita narrativa foi corroborada pelos relatos fornecidos pelo policial civil Marcos Henrique de Campos Irineu. Estava em operação pela cidade, cumprindo vários mandados de busca e apreensão, quando avistou o acusado que, ao notar a presença das viaturas, correu para dentro de sua casa. Sabia que se tratava de região conhecida por intenso tráfico de drogas e que alguns indivíduos tinham o hábito de guardar entorpecentes dentro de casa. Conseguiu abordá-lo, dentro da casa, e o questionou porque havia corrido. O réu respondeu que estava enrolando um cigarro de maconha. Foi questionado se havia drogas na casa e ele disse que havia maconha a qual era guardava para desconhecido. Ingressou no quarto onde localizou eppendorfs com cocaína, invólucros de maconha e, dentro de uma bolsa feminina, dois tijolos de maconha prensados. Também localizou balança de precisão, plástico filme e pequena quantia em dinheiro. Frisou que apenas o réu correu para dentro da casa. Não o conhecia.

As narrativas, note-se, são coesas e uniformes. Inexistem contradições ou outros elementos que possam fragilizar a versão apresentada. A alegação de que a prova estaria circunscrita aos depoimentos prestados por policial não é, por si, suficiente a ponto de afastar a validade daquelas provas. Como é cediço, a legislação processual não acolheu o sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. A bem da verdade, adotou-se o sistema do livre convencimento motivado. As provas, portanto, devem ser examinadas de forma livre, expondo o magistrado o percurso lógico para a conclusão.

No caso em apreço, os depoimentos prestados devem ser considerados. A par da uniformidade dos relatos, não há registros de desvios

funcionais anteriores que, de alguma forma, fragilizassem a confiabilidade das narrativas. Assim, os depoimentos prestados pelo policial assumem importante valor probatório para o deslinde da causa. Nesse sentido, alinha-se a jurisprudência:

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

(STJ, HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02.02.2016).

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

(STJ, HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06.03.2018).

O acusado permaneceu em silêncio na fase preliminar. Interrogado, ao final, admitiu parcialmente os fatos. Confessou que realmente guardava os tijolos de maconha em sua residência, dizendo que assim o fez a pedido de terceiro que não quis identificar. Afirmou, contudo, que a abordagem não ocorreu conforme relatado pelos policiais. Disse que estava no interior de sua residência, fazendo uso de um cigarro de maconha, quando ouviu barulho de portas batendo na rua. Saiu no quintal para verificar e avistou os policiais ingressando em sua casa com um cachorro. Acredita que o cão teria sentido o cheiro da maconha que estava consumindo. Disse que os agentes foram direto para o quarto. Confirmou que o local era conhecido ponto de venda de drogas. Indicou que os demais entorpecentes foram encontrados em outro local pelos agentes de segurança e que eles decidiram incriminá-lo por não

querer identificar para quem estaria guardando o entorpecente.

A responsabilidade penal do acusado, de fato, é inquestionável. A materialidade delitiva restou bem comprovada pela apreensão e perícia das substâncias entorpecentes. A autoria, por sua vez, é dada pela prova oral. As testemunhas policiais forneceram relatos seguros, uniformes e bem detalhados acerca da diligência que resultou na apreensão das drogas e demais petrechos. Ambos confirmaram terem surpreendido o acusado em local conhecido como ponto de venda de drogas, ressaltando seu comportamento suspeito, posto que empreendeu fuga imediatamente ao notar a presença dos agentes. Tal contexto caracterizou um quadro de fundadas suspeitas que autorizam a abordagem. Também confirmaram que o réu, ao ser abordado, admitiu que havia drogas no interior de sua residência, o que autorizou a realização das buscas que resultou no encontro da cocaína e da maconha, além dos petrechos e do numerário.

O acusado, por seu turno, embora tenha confirmado a posse da maconha a granel, negou o vínculo com as porções já fracionadas, bem como negou tivesse corrido para o interior de sua residência. Ocorre, todavia, que a versão exculpatória fornecida pelo acusado lastreia-se, exclusivamente, em seus próprios relatos, inexistindo outros elementos de prova independentes que sustentem as alegações. Nesse cenário, vislumbra-se que a versão fornecida pelo acusado restou isolada e não resiste quando confrontada com o conjunto probatório estruturado em seu desfavor. A autoria é inconteste e sequer foi questionada pela defesa.

Dessa forma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, de modo que são suficientes para fundamentar o édito condenatório.

A condenação era medida de rigor.

2.2. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença. A quantidade de entorpecentes, a forma de acondicionamento, o encontro de petrechos usualmente

empregados na traficância como balanças de precisão e invólucros plásticos, não deixa quaisquer dúvidas acerca da destinação comercial das substâncias. Os fatos assim postos levam à incidência da norma penal dada pelo art. 33 da Lei de Drogas.

Não há excludentes de ilicitude ou da culpabilidade

2.3. Da individualização da pena

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 1/6, obtendo-se a pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e o pagamento de 583 dias-multa.

O aumento da pena-base em razão da quantidade e da diversidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era considerável, consistindo em aproximadamente 1,2 kg de maconha e cocaína fracionadas em 123 porções individualizadas, além de dois tijolos, o que bem demonstra a magnitude da conduta por ele realizada. O aumento em 1/6 foi proporcional e não comporta reparos.

Na segunda etapa, foi corretamente reconhecida a reincidência do apelante por força das condenações proferidas nos autos 1500313-02.2020.8.26.0222 (ameaça e lesão corporal), da 2ª Vara de Guariba, com trânsito em julgado em 1º de agosto de 2023, e 1500630-91.2022.8.26.0557 (furto), da 2ª Vara Criminal de Barretos, com trânsito em julgado em 04 de julho de 2023 (fls. 47/49). Todavia, a autoridade judiciária optou por compensar parcialmente a agravante com a atenuante sob o argumento de que o réu seria multirreincidente.

Cabível, na hipótese, a compensação integral entre a agravante com a atenuante da confissão espontânea. Observo que tanto a reincidência quanto a confissão tocam aspectos subjetivos do agente já que expressam traços de sua personalidade. Enquanto a primeira revela uma tendência de reiteração de condutas ilícitas e de desrespeito ao ordenamento, a segunda revela arrependimento e colaboração processual que, inclusive, serve como elemento de convicção. São, portanto, equivalentes e, dessa forma, devem ser compensadas. A jurisprudência

amparo tal entendimento. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...) 4. **Conforme a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a atenuante da confissão espontânea está ligada à personalidade do agente e, portanto, é igualmente preponderante em face da reincidência, razão pela qual é possível a compensação entre elas.**
5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 1779884/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 01/08/2019).

FURTO. Tentativa. Subtração de R\$220,00 de condutora de veículo automotor. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Confissão judicial corroborada pelas declarações da vítima. **PENA. Pretendida compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Admissibilidade. Circunstâncias equivalentes. Causa de diminuição da tentativa. Redução de 2/3. Manutenção.** Concretização em 4 meses de reclusão e 3 dias-multa. Regime aberto. Detração. Apelo defensivo provido. Extinção da pena privativa de liberdade pelo integral cumprimento.

(TJSP Apelação nº 0035076-49.2014.8.26.0114. 16ª Câmara Criminal. Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. em 10/10/2017, v.u.).

De mais a mais, em sede de recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese, segundo a qual ***“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”*** (Tema 585, REsp 1931145/SP, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 22/06/2022).

No mais, o número de condenações definitivas que o réu possui é insuficiente para configuração da multirreincidência, o que possibilita a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Em caso análogo ao dos autos, assim se manifestou este E. Tribunal de Justiça:

Embargos de declaração - Dupla reincidência compensada integralmente com confissão - Fundamento - Omissão - Inocorrência.

(TJSP, Embargos de Declaração nº 0002083-63.2013.8.26.0606/50000, Rel. Des. Vico Mañas, 12ª Câmara de Direito Criminal, J: 28/09/2016).

Assim, com a compensação, mantenho a reprimenda nos patamares fixados na primeira fase.

Na terceira fase, a reincidência corretamente afastou a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado uma vez não preenchidos os requisitos dados pelo art. 33, §4º, da Lei de Drogas. É 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*. Nesse sentido:

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).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCENTE ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFINA 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 REINCENTE. 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).

O regime inicial não comporta modificação. Trata-se de acusado reincidente que foi condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão. Observou-se, assim, o art. 33, §2º, do Código Penal.

A quantidade de pena aplicada é incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, nos termos do art. 44 e 77 do Código Penal.

Valor do dia-multa foi fixado no mínimo legal e não comporta reparos.

No mais, a defesa requer seja a ré dispensada do pagamento da pena de multa aplicada.

Incabível. A hipossuficiência da acusada não afasta a aplicação da pena de multa, pois se trata de sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade ou mesmo em pena restritiva de direitos foi eliminada com o advento da Lei 9.298/96. O fundamento se dá no sentido de que a sua conversão violaria o princípio da legalidade.

Dessa forma, a miserabilidade do condenado não autoriza a isenção ou dispensa do pagamento da multa que no caso, foi fixada no patamar mínimo, já considerada a sua situação econômica. Nesse sentido:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. (...) PENA DE MULTA. ISENÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do

condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída. Remessa dos autos ao Tribunal a quo para redimensionamento da pena. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 828.333/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 403)

3. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso e, no mérito, **dou-lhe parcial provimento para: a) compensar a reincidência com a confissão espontânea; b) readequar a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, mantendo-se, no mais, a r. Sentença.**

MARCOS ZILLI

Relator