



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000423240

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500797-04.2024.8.26.0569, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante ALIGHEITON HERNANI SOARES, 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. negaram-lhe provimento. Readequaram, de ofício, a dosimetria penal para: a) afastar uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria; b) readequar a fração de aumento na primeira fase da dosimetria para 1/6; c) readequar a pena ao final imposta para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida, 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, 30 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 10.001

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1500797-04.2024.8.26.0569

Apelante: Aligheiton Hernani Soares

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Indaiatuba

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO IMPROVIDO. MODULAÇÃO, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA.

I. DO CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Aligheiton Hernani Soares, contra a r. sentença que o condenou à pena de 7 anos de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput Lei n. 11.343/06. Pleito recursal que proclama pela absolvição do acusado por insuficiência de prova. Pedido subsidiário de desclassificação da conduta para aquela prevista pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/06 e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Agentes municipais que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, realizavam patrulhamento de rotina em ponto de venda de entorpecentes. Ao visualizar a viatura, o réu, guardou algo no bolso e tentou se afastar do local. Em busca pessoal foi encontrada, na posse do réu, 33 porções de crack e 12 de maconha. Informalmente, o acusado confessou a traficância.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade

comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos agentes municipais indicando ter o acusado dispensado ao solo um pacote que continha 12 porções de maconha e 33 de cocaína, na forma de crack, além de numerário em dinheiro. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais, segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Negativa do réu quanto a propriedade dos entorpecentes que se mostrou inverossímil.

5. Da dosimetria. 5.1. Afastamento de uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis. Presença de maus antecedentes. Readequação da exasperação para 1/6. Agravante da reincidência corretamente reconhecida. Pena adequadamente aumentada de 1/6. 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

6. Recurso conhecido e, no mérito, improvido. Modulação de ofício dos critérios de dosimetria penal.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: Lei n. 11.343/06, art. 33, caput. TJSP, Apelação Criminal 0005152-17.2017.8.26.0363, Rel. Luis Augusto de Sampaio Arruda, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 25/04/2019.STJ, HC 480.676/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 21/03/2019.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **Aligheiton Hernani Soares**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Jose Eduardo da Costa, da 1ª Vara da Comarca de Indaiatuba**, que o condenou à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 125/128).

Em razões recursais a defesa sustenta que as provas produzidas são

insuficientes para fundamentar o édito condenatório. Subsidiariamente, pleiteia, pela desclassificação do delito imputado ao acusado para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 147/150).

Contrarrazoado o recurso (fls.159/161), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo provimento do apelo defensivo e pelo abrandamento da sanção penal imposta (fls. 177/184).

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 no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, porque, 30 de agosto de 2024, por volta das 15h10, na rua Odilon de Oliveira Cordeiro, nº 0, em frente à praça, Jardim Califórnia, no município e comarca de Indaiatuba, trazia consigo, para fins de tráfico, 17.4 gramas de maconha, divididas em 12 porções e 9.2 gramas de *crack* divididas em 33 porções, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em

desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme narrado na inicial acusatória, em notório ponto de traficância, o réu trazia consigo, 20 porções de *crack*, acondicionadas dentro de uma caixa de “Mentos”, a qual tinha em mãos, além de 13 porções do mesmo entorpecente e outras 12 de maconha, as quais guardava dentro de seu sapato. Segundo apurado, guardas municipais realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o acusado o qual, ao notar a aproximação da viatura, escondeu o objeto que tinha em mãos no bolso e tentou evadir-se. A cena gerou a suspeita dos agentes que justificaram a abordagem. Na posse do réu os guardas encontraram os entorpecentes supramencionados. Informalmente, o réu confessou a traficância.

A persecução penal foi instaurada por auto de prisão em flagrante (fls. 01). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 49/52). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

2.2. Da prova oral produzida

Em juízo, o guarda municipal Fabio Henrique das Chagas, responsável pela prisão em flagrante do réu, manteve a narrativa ofertada quando da colheita dos elementos informativos. No dia dos acontecimentos, estavam em patrulhamento de rotina, no palco dos acontecimentos, notório ponto de traficância quando avistaram o réu, segurando um objeto nas mãos. Relatou que o acusado, ao notar a aproximação da viatura, guardou aquele objeto no bolso e começou a andar. A cena despertou a suspeita. Feita a abordagem, em revista pessoal, encontraram, no bolso da bermuda do acusado, porções de *crack*. No interior de seus tênis, localizaram outras pedras de *crack* e porções de maconha, além de cerca de R\$ 113.00 (cento e treze reais) em notas variadas. No local dos fatos o acusado confessou, informalmente, a traficância. Nesse contexto o detiveram em flagrante.

No mesmo sentido convergiram os relatos do guarda municipal Gleison Rodrigues dos Santos, ouvido em ambas as fases da persecução penal.

Em solo policial, o acusado disse que era usuário de drogas e que

estava no palco dos acontecimentos para adquirir entorpecentes. Negou a propriedade das drogas apreendidas. Por fim, asseverou que a quantia localizada consigo, provinha da venda de materiais recicláveis.

Interrogado em juízo, negou a prática delitiva. Disse que era usuário de drogas. Asseverou que trazia consigo, tão somente, 2 porções de *crack*, além de dinheiro em espécie. Asseverou que, diversamente do narrado pelos agentes municipais, calçava chinelos no momento da abordagem. Por fim, acrescentou que já havia sido abordado na manhã daquele dia, no local dos fatos, por policiais que procuravam por uma bicicleta roubada.

2.3. 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. 12/14). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada dos laudos de exame químico toxicológico definitivos, o qual resultou positivo para: (i) 12 porções maconha, com massa líquida de 17.4 gramas e 33 porções de cocaína, na forma de *crack* com massa líquida de 9.2 gramas (fls. 117/119).

No mais, os agentes municipais, Fabio e Gleison, apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Realizavam patrulhamento de rotina em notório ponto de tráfico, quando avistaram o acusado o qual, ao perceber a aproximação da viatura, guardou algo no bolso e começou a andar. A cena lhes despertou suspeitas, que ensejou a abordagem. Na posse do acusado foram encontradas porções de *crack* e maconha, além de numerário em espécie.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de agentes municipais, 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 compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. 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:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE - Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a variedade e a quantidade de droga, a forma como elas estavam embaladas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes – **Não se pode negar valor aos depoimentos de guardas municipais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente a ré** - Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Criminal 0005152-17.2017.8.26.0363; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi Mirim - 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 03/05/2019)

SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT) – **APELO DEFENSIVO BUSCANDO ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO NA ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, VOLTANDO-SE CONTRA AS PALAVRAS DA VÍTIMA. DESCABIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS – PALAVRAS DA VÍTIMA E DO GUARDA MUNICIPAL FIRMES E SUBSTANCIAIS – VALIDADE – RECONHECIMENTO REALIZADO PELO OFENDIDO – ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO NAS DUAS FASES DO PROCESSO QUE JUSTIFICAVA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSAGEM DAS PENAS QUE SE AFIGURA CORRETA, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A REINCIDÊNCIA OSTENTADA PELO RÉU – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE SE MOSTRA INADEQUADA – ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL - REGIME INICIAL SEMIABERTO BEM FIXADO, SENDO O ADEQUADO PARA O CASO EM TELA, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME E A REINCIDÊNCIA DO RÉU - CONDENAÇÃO**

MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 0012038-79.2015.8.26.0564; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 9ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/09/2017; Data de Registro: 26/09/2017)

Por outro lado, a versão do réu não se sustenta. Foi desmentida pelos policiais os quais, repita-se, prestaram depoimentos coesos e harmônicos em todas as oportunidades em que foram ouvidos. Como já dito, no dia dos fatos, em notório ponto de comércio de drogas ilícitas, realizaram patrulhamento de rotina, quando divisaram o acusado em atitude suspeita e decidiram abordá-lo, localizando, na posse do acusado diversas porções de cocaína, na forma de *crack* e de maconha. O acusado, por seu turno, negou a propriedade daquelas drogas, aduzindo que era usuário e que trazia consigo apenas duas pedras de *crack*. Contudo, a narrativa do réu não resiste quando confrontada com os relatos coerentes apresentados pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição do réu pela prática do crime previsto pelo artigo 33, *caput* da Lei de Drogas.

A condenação foi a medida correta

2.4. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença.

O fato de o réu 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)

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. Eram 12 porções de maconha 33 de *crack* divididas em porções individuais e, portanto, prontas para o comércio. O réu, por sua vez, foi abordado em um notório ponto de tráfico de drogas. Estava, ademais, em poder de numerário. Inviável, nesse cenário, o pleito da defesa de desclassificação do delito imputado ao réu para aquele previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

3. Da dosimetria penal

Na primeira etapa, o i. Magistrado aplicou a basilar acima do mínimo legal, o acréscimo de 1/5, obtendo-se a pena-base de 6 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa. O aumento foi justificado em consequência dos maus antecedentes e da diversidade e quantidade das drogas apreendidas.

Sem embargo dos fundamentos expostos pelo i. Magistrado, não se vislumbra maior grau de reprovabilidade da conduta, pelo fato do acusado ter sido detido na posse de 33 porções de *crack* e 12 de maconha. A despeito da natureza das drogas, a quantidade apreendida não era excessiva. A situação não extrapola o dimensionamento do próprio do tipo penal a ponto de justificar o aumento aplicado. Por outro lado, correto o reconhecimento dos maus antecedentes, consubstanciado na condenação proferida nos autos do processo-crime nº 0012211-64.2017.8.16.0030 (tráfico), outrora em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Foz do Iguaçu, que teve o trânsito em julgado para o Ministério Público e para a defesa em 31 de maio de 2019 - pena em cumprimento - (fls.38/39).

Assim, ante o afastamento de uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis, readéquo a fração de aumento para 1/6. Fixa-se, destarte, a basilar em 5 anos, 10 meses e ao pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência em razão da condenação definitiva proferida nos autos do processo nº 0000165-67.2015.8.26.0569 (furto), outrora em trâmite perante a 1º Vara Criminal da Comarca de Indaiatuba cujo trânsito em julgado para o Ministério Público deu-se em 29 de outubro de 2019 e para a defesa em 25 de setembro de 2020 – pena em cumprimento - (fls. 37), a pena foi exasperada em 1/6. A operação não comporta reparos. Obtém, se, destarte a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e o pagamento de 680 dias-multa.

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

reductor 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. 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 § 4º 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).

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 o i. Magistrado em afastar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de réu reincidente.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento. Readéquo, de ofício, a dosimetria penal para: a) afastar uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na primeira fase da dosimetria; b) readequar a fração de aumento na primeira fase da dosimetria para 1/6; c) readequar a pena ao final imposta para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.**

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida.

MARCOS ZILLI

Relator