



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2305200 - MG (2023/0060932-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : JOZENILDO TELES DOS SANTOS FILHO
OUTRO NOME : JOZENILDO TELES DOS SANTOS JR
ADVOGADOS : INES BARBOSA SANTANA MACHADO - MG156310
DIOGO FERNANDES GRADIM - MG172725
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. DOSIMETRIA DA PENA. MULTIRREICIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NA AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se alega nulidade por cerceamento de defesa e questiona-se a dosimetria da pena em condenação por tráfico de drogas.

2. O recorrente aponta violação aos artigos 450 do CPC, 3º do CPP, 33 da Lei n. 11.343/2006 e 63 do CP, buscando a nulidade por indeferimento de substituição de testemunhas e a absolvição por falta de especificação da conduta típica, ou, subsidiariamente, a revisão da pena-base.

3. A decisão de origem rejeitou a alegação de cerceamento de defesa e manteve a condenação com base em provas suficientes, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas.

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em saber se houve cerceamento de defesa pelo indeferimento da substituição de testemunhas e se a dosimetria da pena foi corretamente aplicada, considerando a reincidência e os antecedentes penais.

III. Razões de decidir

5. A substituição de testemunhas só é permitida em situações excepcionais, como falecimento ou impossibilidade de localização, o que não foi demonstrado no caso.

6. A condenação foi fundamentada em provas suficientes,

incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas, não havendo cerceamento de defesa.

7. Não há bis in idem na utilização de condenações anteriores para majorar a pena-base como maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência, desde que as condenações utilizadas sejam distintas em cada fase da dosimetria, em conformidade com a jurisprudência do STJ.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0060932-7

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.305.200 /

MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024200328052 03280522320208130024 10024200328052003 24200328052
3280522320208130024

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOZENILDO TELES DOS SANTOS FILHO

OUTRO NOME : JOZENILDO TELES DOS SANTOS JR

ADVOGADOS : DIOGO FERNANDES GRADIM - MG172725

INES BARBOSA SANTANA MACHADO - MG156310

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico
Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e negou provimento ao recurso especial."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2305200 - MG (2023/0060932-7)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
AGRAVANTE : JOZENILDO TELES DOS SANTOS FILHO
OUTRO NOME : JOZENILDO TELES DOS SANTOS JR
ADVOGADOS : INES BARBOSA SANTANA MACHADO - MG156310
 DIOGO FERNANDES GRADIM - MG172725
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. DOSIMETRIA DA PENA. MULTIRREICIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA NA AGRAVAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se alega nulidade por cerceamento de defesa e questiona-se a dosimetria da pena em condenação por tráfico de drogas.

2. O recorrente aponta violação aos artigos 450 do CPC, 3º do CPP, 33 da Lei n. 11.343/2006 e 63 do CP, buscando a nulidade por indeferimento de substituição de testemunhas e a absolvição por falta de especificação da conduta típica, ou, subsidiariamente, a revisão da pena-base.

3. A decisão de origem rejeitou a alegação de cerceamento de defesa e manteve a condenação com base em provas suficientes, incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas.

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em saber se houve cerceamento de defesa pelo indeferimento da substituição de testemunhas e se a dosimetria da pena foi corretamente aplicada, considerando a reincidência e os antecedentes penais.

III. Razões de decidir

5. A substituição de testemunhas só é permitida em situações excepcionais, como falecimento ou impossibilidade de localização, o que não foi demonstrado no caso.

6. A condenação foi fundamentada em provas suficientes,

incluindo depoimentos de policiais e apreensão de drogas, não havendo cerceamento de defesa.

7. Não há bis in idem na utilização de condenações anteriores para majorar a pena-base como maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência, desde que as condenações utilizadas sejam distintas em cada fase da dosimetria, em conformidade com a jurisprudência do STJ.

IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta violado os seguintes dispositivos legais:

a) artigo 450 do CPC e artigo 3º do CPP, pois "(...) toda a prova de autoria somente poderia ser feita por prova testemunhal, daí a importância e a

imprescindibilidade da prova testemunhal para o ora recorrente." (e-STJ, fl. 450).

b) artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que "(...) os depoimentos são inverossímeis, não houve especificação de qual conduta o recorrente teria praticado, restando descaracterizada a tipificação." (e-STJ, fl. 450).

c) artigo 63 do CP, porquanto "(...) não há que se falar em distorção e confusão dos conceitos de reincidência e maus antecedentes a fim de endurecer a reprimenda, sob pena de violação ao princípio da legalidade." (e-STJ, fl. 454).

Pretende, pois, a nulidade a partir da decisão que indeferiu a substituição do rol de testemunha ou a absolvição do recorrente por ausência de indicação precisa da conduta típica, subsidiariamente, afastar da pena-base o acréscimo da agravante da reincidência na valoração negativa dos antecedentes penais.

Em relação ao pleito de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento da substituição do rol de testemunhas, asseverou a Corte de origem (e-STJ, fl. 413/439):

"A Defesa pugna pela nulidade do feito sob o argumento de que houve cerceamento de defesa decorrente do indeferimento do pedido de substituição das testemunhas arroladas e ante a ausência de exame de dependência toxicológica.

A preliminar deve ser rejeitada.

Como sabido, o momento oportuno para arrolar testemunhas é no ato de apresentação da defesa preliminar, nos termos do ad. 55, §10, da Lei n.1 1.343/2006.

Da análise dos autos, observa-se que o acusado estava assistido por defensora pública, a qual arrolou as mesmas testemunhas da acusação e requereu posterior substituição, caso necessário.

A lei autoriza a substituição de testemunhas arroladas somente em circunstâncias excepcionais, como nos casos de morte ou impossibilidade de comparecimento ao ato, conforme ad. 451, do CPC, dc ad. 31do CPP.

Na espécie, verifica-se que o defensor constituído apresentou novo rol de testemunhas sem, contudo, esclarecer os motivos para a pretendida substituição. Invocou a pandemia causada pelo Coronavírus de forma genérica sem demonstrar concretamente a real necessidade para a prática do ato ou o prejuízo supostamente causado pela sua não realização.

Cumpra ressaltar que cabe ao magistrado, como destinatário direto da prova, verificar a real necessidade de produzi-la, de modo que poderá indeferir aquelas que entender impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, desde que o faça de forma fundamentada, como se verificou na espécie.

[...]

Da leitura do trecho retrotranscrito, verifica-se que a negativa ao pedido defensivo está amparada em elementos legítimos de convencimento e motivação.

Além disso, observa-se que a defesa em nada inovou quanto ao teor de suas alegações finais, ocasião em que invocou a mesma preliminar (fls.143/148), limitando-se a repisar os argumentos que já foram, in totum, devidamente analisados.

[...]

Desse modo, reporto-me ao trecho da sentença, no qual o juiz singular rechaçou a argumentação apresentada pela defesa, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, valendo-me, para tanto, da técnica da motivação por referência ou por remissão — por relationem. Confira-se:

"(...) Em primeiro lugar, nota-se que as duas preliminares sustentadas pela defesa já foram combatidas quando do indeferimento da substituição das testemunhas (fis. 110/111 e 132/135), de modo que mantenho na íntegra os argumentos lançados no referido decisum.

Em segundo lugar, conforme jurisprudência unânime do Eg TJMG e dos Tribunais Superiores, só se reconhece a nulidade, ainda que absoluta, ante a comprovação de prejuízo para o réu, o que não é o caso dos autos.

Jozenildo tinha a defesa patrocinada pela Defensoria Pública, órgão que arrolou as mesmas testemunhas da acusação. Ainda que tenha pugnado pela posterior substituição, caso necessário, tal fato não enseja no acolhimento do rol posterior.

A meu ver a Pandemia dificultou o contato sim com o acusado, mas não o impediu. A Defensoria Pública, órgão que patrocinava a defesa prévia à época do ocorrido possui as prerrogativas de prazo em dobro e intimação pessoal, ou seja, possui 20 dias para apresentação da peça de defesa, o que possibilita o contato com o réu no Presídio ou com familiares.

Desta forma, apenas pelo fato da defesa constituída interpretar que as testemunhas arroladas eram insuficientes, esta não é a minha visão.

No mais, ao contrário do que argumenta a defesa, a mera indicação do desejo de ouvir eventuais testemunhas que podem surgir com a instrução do processo, não é suficiente para que fique suprida a preclusão.

Ora, se assim o fosse, desnecessário seria a disposição do art. 55, parágrafo 1º da Lei de Drogas, o qual determina que:

"Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas."

Além do mais, não se aplica a disposição do ad. 450 do CPC, eis que existe disposição específica sobre o tema no Código de Processo Penal. Desta forma, na apresentação da resposta a acusação, segundo o disposto no art. 396-A, do CPP, a qualificação da testemunha é imprescindível. Veja-se:

(...)

A oitiva de testemunhas não arroladas previamente recai-se na hipótese de impossibilidade de comparecimento da testemunha arrolada tempestivamente e não qualquer pessoa que compareça a AIJ no dia dos fatos.

Até porque, tem o Ministério Público direito ao contraditório e, via de consequência, de saber quem a parte contrária arrolou como testemunha antes da AIJ, de modo a impugná-la/contraditá-la, se assim o entender.

Além disso, o advogado, quando constituído, assume a causa no pé em que se encontra não havendo que se falarem repetição de atos processuais, veja-se: (...)".

Destarte, não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa.

No que pertine à alegação de cerceamento de defesa decorrente da não realização do exame de dependência toxicológica, mais uma vez sem razão a Defesa.

Isso porque a própria Defesa desistiu da produção da prova em audiência, como se vê na ata de fls.132/133."

De fato, não há que falar em nulidade quanto à negativa do pedido de substituição de testemunha, se realizado sem qualquer justificativa. Esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento no sentido de que: *"Não há nulidade no indeferimento do pedido de substituição das testemunhas arroladas na resposta à acusação, tendo em vista que somente em situações excepcionais, tais como falecimento, doença ou impossibilidade de localização da pessoa indicada, será facultada à defesa a substituição da pessoa inicialmente indicada."* (HC n. 232.061/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/3/2017, DJe de 22/3/2017.)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS PREVIAMENTE ARROLADAS NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DAS HIPÓTESES LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

A jurisprudência predominante nesta Corte Superior de Justiça entende só ser possível a substituição de testemunhas previamente arroladas em sede de resposta à acusação nas hipóteses de sua não localização, enfermidade ou falecimento, não verificadas no caso, tudo nos termos do novel art. 451, do CPC/2015, aplicado ao processo penal por força do art. 3º, do CPP.

Recurso ordinário desprovido.

Ademais: "O reconhecimento de nulidades no processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief)." (AgRg no RHC n. 190.878/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 1/10/2024, DJe de 4/10/2024.)

A Corte de origem, em decisão devidamente fundamentada, reputou o conjunto fático-probatório constante do processo a justificar a condenação do recorrente, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 424/429):

"Pugna a Defesa pela absolvição do acusado, alegando que as provas dos autos são insuficientes para amparar sua condenação.

Razão não lhe assiste.

A materialidade do crime restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 215v), boletim de ocorrência (fis. 14115v), auto de apreensão (fl. 13), laudo toxicológico preliminar de fl.8 (60g de cocaína dividida em 49 microtubos e 21 pedras de crack pesando 8,50g), laudo definitivo (fls.87/85v), sem prejuízo da prova oral colhida.

No tocante à autoria e à destinação mercantil da droga é de se notar que os elementos probatórios se mostram suficientes para a manutenção do decreto condenatório pelo crime de tráfico de drogas.

O acusado, na fase inquisitorial, negou ser traficante de drogas, afirmando que:

[...]

Em juízo, o acusado disse que no dia dos fatos estava com sua ex-namorada e junto com ela fez uma faxina na casa; que foi para a casa do tio e foi tomar banho; que o tio do declarante emprestou o dinheiro (R\$1.200,00) para pagar o aluguel; que foi abordado quando estava voltando para pagar o aluguel; que o local onde foi abordado é passagem de todos para a avenida; que a viatura já estava no local abordando dois rapazes; que o declarante desceu e o policial veio correndo e abordou o declarante; que o policial encontrou o dinheiro na posse do declarante; que explicou que o dinheiro tinha sido emprestado pelo seu tio; que estava em frente ao bar e lá tinham várias pessoas; que o declarante não conhecia os policiais que o abordaram; que não sabe a razão pela qual está sendo acusado; que os policiais estão mentindo; que o declarante foi preso por causa do telefone e do dinheiro; que o declarante foi preso as 21h; que o declarante não sabia que o local era boca de fumo, pois mora lá há pouco tempo; que o declarante não estava agachado no padrão de luz; que os policiais estão mentindo. (mídia de fl.238)

A versão do acusado não se sustenta quando confrontada com os elementos constantes dos autos, notadamente a prova oral colhida. Vejamos.

[...]

Cumprе ressaltar que o crime de tráfico de drogas por se tratar de

atividade clandestina prescinde de prova da efetiva comercialização do entorpecente. Desse modo, se aperfeiçoa com a prática de quaisquer das condutas previstas no ad. 33 da Lei 11.343/06 ("ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", etc.). Por se tratar de delito de ação múltipla ou de conteúdo variado sua consumação se dá com a realização de quaisquer dos verbos descritos no referido tipo penal.

[...]

O convencimento da prática do crime de tráfico de drogas, pela dificuldade de se flagrar alguém no ato da comercialização do entorpecente, bem como de se obter testemunhos, deve ser formado com parâmetro no conjunto de indícios e elementos concretos dos autos que cerca o agente envolvido.

Na espécie, as circunstâncias do caso concreto, notadamente a forma como se deu o flagrante - para averiguar denúncia anônima com informações detalhadas que resultou na **apreensão da droga (60g de cocaína dividida em 49 microtubos e 21 pedras de crack pesando 8,50g 41.8)** já fracionada e pronta para venda, bem como a **apreensão de R\$ 1.160,00 em notas trocadas sem comprovação da origem lícita**, aliadas à prova oral colhida, são suficientes para manter a condenação do apelante pelo crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Impõe ressaltar que a sacola contendo a droga foi encontrado ao lado do padrão de energia elétrica onde o acusado estava, a menos de um metro do local, sendo prática comum entre os traficantes manterem a droga em local de fácil acesso e não em sua posse imediata, a fim de se furtarem da aplicação da lei penal.

Como bem asseverou o magistrado primevo, 'essa atitude é típica de traficantes, como bem relataram os policiais, visto que aqueles, para não serem imputados pelo crime de tráfico de drogas, mantêm grande parte guardada em um local próximo e visível, para que no caso de ocorrer abordagens policiais possam alegar que são meros usuários de entorpecentes". (fl.1 59v)

Destarte, a prova produzida desde o começo, que alicerça a condenação, serviu para elucidar satisfatoriamente a autoria delitiva e a destinação mercantil da droga. Logo, a negativa de autoria resta isolada nos autos.

O julgador pode formar sua convicção pela livre apreciação da prova. Trata-se do princípio do livre convencimento motivado vigente no processo penal brasileiro (ad. 155 do CPP), segundo o qual provas inquisitoriais podem servir de fundamento para uma decisão condenatória, desde que existam elementos probatórios produzidos em juízo. E vedado ao julgador somente utilizar exclusivamente dos dados informativos obtidos na fase policial.

Na espécie, a fundamentação adotada pelo magistrado sentenciante é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, porquanto apresentou os argumentos para a formação do seu convencimento, valendo-se de provas inicialmente produzidas na fase inquisitorial e posteriormente reexaminadas na instrução criminal sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Assim, comprovadas a autoria e a materialidade do crime, bem como a destinação mercantil da droga apreendida, é de rigor a manutenção da condenação do acusado pela prática do crime previsto no ad. 33 da Lei n.11.343/2006."

Ora, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela defesa em relação ao pedido de absolvição do recorrente, em razão de atipicidade da conduta ou insuficiência probatória para a condenação, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, o que impede a atuação excepcional desta Corte. Veja-se:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS SOPESADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PROVAS NÃO REPETIDAS EM JUÍZO E RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Tribunal de Justiça - TJ, com base nas provas dos autos, entendeu comprovada a conduta criminosa descrita na denúncia, qual seja, a prática do crime de tráfico de drogas, demonstrando provas da autoria e da materialidade delitivas. Desse modo, a revisão da conclusão da instância ordinária para se acatar o pleito de absolvição ou desclassificação da conduta demandaria o necessário revolvimento do conjunto fático-probatório do feito, o que se mostra inviável nesta via especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

2. Firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que 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.

3. O aresto recorrido está em harmonia com jurisprudência deste Pretório, pois "A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja bis in idem" (AgRg no REsp 1.628.219/AM, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 31/8/2017).

3.1. Não tendo a quantidade de droga sido utilizada na primeira

fase da dosimetria e, reconhecido o tráfico privilegiado, devidamente fundamentado o patamar de redução aplicado, na fração de 1/2, pela quantidade de drogas apreendidas (quase 1kg de maconha), não cabe a esta Corte interferir no juízo de proporcionalidade feito pelas instâncias ordinárias.

4. As questões referentes à apontada violação ao art. 155 do Código de Processo Penal - CPP e à necessidade de restituição do veículo apreendido, não foram objeto de debate pelo aresto recorrido, carecendo, assim, do prequestionamento, requisito indispensável para admissibilidade do recurso especial, sob pena de supressão de instância. Incidentes as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.099.832/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/9/2024, DJe de 25/9/2024.)

Em relação à exasperação da pena-base com a utilização da reincidência na primeira fase da dosimetria como antecedentes penais, assim fundamentou a Corte de origem (e-STJ, fls. 432/436):

"O Ministério Público pleiteia, ainda, que as condenações definitivas do acusado que não foram utilizadas como maus antecedentes e reincidência sejam utilizadas para macular sua conduta social e sua personalidade.

Não há como acolher o plito ministerial, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que registros ou condenações transitadas em julgado não se prestam a exasperar a pena-base, seja a título de conduta social negativa ou de personalidade voltada para o crime. Confira-se:

[...]

Destarte, verifica-se que o acusado registra em sua CAC (fls. 150/155) três condenações definitivas (0329178-75.2015.8.13.0027, 0108689-98.2015.8.13.0027 e 0123691-91.2017.8.13.0301). O magistrado utilizou duas delas, inclusive específicas, para macular os antecedentes e a terceira deixou para agravar a pena na fase intermediária da dosimetria como reincidência.

Assim, agiu com acerto o magistrado ao aumentar a pena-base em quantum um pouco superior ao parâmetro jurisprudencial utilizado para cada uma das circunstâncias judiciais desvaloradas (um sexto) ante a presença de duas condenações transitadas em julgado pela prática do mesmo crime.

[...]

Prosseguindo, o Ministério Público sustenta que as circunstâncias do crime devem ser consideradas em desfavor do acusado sob o argumento de que "a ocupação ou exploração de bocas-de-fumo representa conduta mais reprovável, devido tanto às circunstâncias do fato criminoso, quanto aos métodos nele usados". (fl.173). Desse modo, entende que é necessário o incremento da pena-base.

Mais uma vez sem razão, haja vista que a pena não pode ser aumentada com base em argumentos imprecisos e vagos. Assim, mantenho a análise neutra feita pelo magistrado, vez que não constam dos autos elementos que evidenciam maior gravidade que a normal para o tipo penal em questão.

Com tais considerações, inviável acolher o pleito defensivo de redução da pena-base, tampouco a pretensão do Ministério Público de aumento, de modo que mantenho a pena-base no patamar estabelecido na sentença de 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

A segunda fase, igualmente, a dosimetria não comporta reparos. Vejamos.

No que pertine ao quantum de aumento decorrente da incidência de circunstâncias agravantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "firmou entendimento no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, em virtude da agravante da reincidência, demanda fundamentação específica". (AgRg no HC 677.1 24/SP, Rei. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, 58 T, DJe 1010812021)

Na espécie, o juiz singular aumentou a pena em 1/6 considerando a única condenação definitiva remanescente, quantum que está de acordo com os parâmetros adotados pela Corte Superior.

Desse modo, a pena provisória também deve ser mantida no mesmo patamar estabelecido na sentença de 7 anos de reclusão e 700 dias-multa."

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça 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 sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como ocorreu no caso em apreço." (AgRg no REsp n. 2.103.310/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/6/2024, DJe de 20/6/2024.)

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça, cujo entendimento se assemelha ao adotado pelo acórdão recorrido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REINICIDÊNCIA COMO MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem não se manifestou sobre a questão referente à nulidade por violação domiciliar.
2. Percebe-se, sob pena de indevida supressão de instância, a

incompetência desta Corte Superior para o processamento e julgamento do writ, já que inexiste ato a ser imputado à autoridade coatora, nos termos do art. 105, I, c, da Constituição Federal, bem como do art. 13, I, b, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ademais, quanto à pena-base, verificou-se "que a instância a quo não incorreu em bis in idem ao decidir pela valoração negativa da circunstância judicial referente aos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena, aplicando também a agravante da reincidência na segunda fase, uma vez que o paciente possui mais de uma condenação transitada em julgado" (AgRg no HC n. 754.844/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 27/9/2023).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 882.299/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 29/8/2024.)

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

É o voto