



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2168354 - SP (2024/0333701-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL DEVIDAMENTE MOTIVADAS. FUNDADA SUSPEITA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE. COMÉRCIO DE DROGAS COMPROVADO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO PENA BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DEVIDAMENTE VALORADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Da leitura dos autos, sobressai que houve justa causa para a entrada da polícia no imóvel do recorrente com a seguinte busca pessoal. Isso porque após receberem denúncia de que ele vendia drogas em frente à sua casa, montaram campana por 5 dias, quando constataram que o denunciado de fato atendia na calçada os usuários que ali chegavam e resolveram abordá-lo, tendo VITOR corrido para dentro de casa e jogado os entorpecentes na casa da vizinha.

2. Não há espaço para a desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal, seja pela quantidade de entorpecente apreendida (aprox. 22g de cocaína), conforme mencionado no Laudo de Constatação referido durante o relatório do inquérito policial (e-STJ fl. 96), seja pelos depoimentos dos policiais que confirmaram ter presenciado a venda de entorpecentes por parte de VITOR em frente à sua residência.

3. A decisão atacada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera mau antecedente a condenação por fato anterior, mesmo que com trânsito julgado posterior à data do fato sob apuração. Precedentes.

4. Assim, não há ilegalidade na consideração da condenação do recorrente por fato anterior, ainda que o trânsito em julgado tenha ocorrido posteriormente, devendo ser mantidos a exasperação da pena base, o afastamento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como o regime inicial fixado (fechado), uma vez que devidamente justificado, não havendo que se falar em bis in idem, conforme julgado acima colacionado.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 10 de fevereiro de 2025.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2168354 - SP (2024/0333701-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL DEVIDAMENTE MOTIVADAS. FUNDADA SUSPEITA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. DESCLASSIFICAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE. COMÉRCIO DE DROGAS COMPROVADO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO PENA BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DEVIDAMENTE VALORADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Da leitura dos autos, sobressai que houve justa causa para a entrada da polícia no imóvel do recorrente com a seguinte busca pessoal. Isso porque após receberem denúncia de que ele vendia drogas em frente à sua casa, montaram campana por 5 dias, quando constataram que o denunciado de fato atendia na calçada os usuários que ali chegavam e resolveram abordá-lo, tendo VITOR corrido para dentro de casa e jogado os entorpecentes na casa da vizinha.

2. Não há espaço para a desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal, seja pela quantidade de entorpecente apreendida (aprox. 22g de cocaína), conforme mencionado no Laudo de Constatação referido durante o relatório do inquérito policial (e-STJ fl. 96), seja pelos depoimentos dos policiais que confirmaram ter presenciado a venda de entorpecentes por parte de VITOR em frente à sua residência.

3. A decisão atacada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera mau antecedente a condenação por fato anterior, mesmo que com trânsito julgado posterior à data do fato sob apuração. Precedentes.

4. Assim, não há ilegalidade na consideração da condenação do recorrente por fato anterior, ainda que o trânsito em julgado tenha ocorrido posteriormente, devendo ser mantidos a exasperação da pena base, o afastamento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como o regime inicial fixado (fechado), uma vez que devidamente justificado, não havendo que se falar em bis in idem, conforme julgado acima colacionado.

5. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO em adversidade à decisão que **negou provimento** ao recurso especial (e-STJ Fls. 596/604).

Nas razões do recurso (e-STJ Fls. 610/631), fundado no art. 258 do RISTJ, alega a parte que a fundamentação adotada na decisão agravada está em descompasso com a jurisprudência desta Corte Superior.

No recurso especial, aponta violação ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal, ao art. 28 da Lei de Drogas, ao art. 33, §§ 3º e 2º, b, e 59, todos do Código Penal. Aduz para tanto, em síntese, que não havia fundada suspeita para abordagem e busca pessoal/domiciliar. Que ao invés de providenciarem um mandado de busca e apreensão "os policiais militares preferiram agir de forma arbitrária na realização da abordagem" (e-STJ Fl. 547), sendo nulas as provas dali decorrentes.

Subsidiariamente, acrescenta que deve haver a desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343.2006 em razão da ínfima quantidade de droga apreendida e por inexistir elementos indicando mercancia, tais como balança, anotações, grandes quantidades divididas em porções.

Pleiteia a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por estarem presentes seus requisitos, com a consequente fixação do regime de cumprimento de pena aberto e substituição por restritiva de direitos.

Por fim, na dosimetria requer a desconsideração dos maus antecedentes, uma vez que foi utilizada condenação posterior ao fato sob apuração, devendo ser reajustado o regime de cumprimento de pena para aberto ou semiaberto.

Em decisão acostada às e-STJ Fls. 596/604, este Relator **negou provimento** ao recurso especial.

É o relatório. **Decido.**

VOTO

O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

No caso, não se verifica a presença de novos argumentos aptos a justificar uma mudança de entendimento deste Relator.

Quanto a nulidade da busca pessoal/domiciliar sem fundada suspeita, o Tribunal de Justiça assim se pronunciou (e-STJ Fls. 519/521):

Preliminarmente, a tese de ilegalidade das provas obtidas por meio de violação de domicílio não merece acolhida. A privacidade do domicílio é constitucionalmente assegurada em casos em que não haja consentimento para ingresso em domicílio, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República. Além disso, encontra limites na própria Carta Fundamental, incluindo-se no rol das escassas hipóteses de mitigação deste direito fundamental a possibilidade de ingresso em domicílio sem mandado judicial nos casos de flagrante delito, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República. Com isto, mister se faz esclarecer que o crime de tráfico de drogas, mormente nas figuras de trazer consigo, guardar e ter em depósito, configura crime permanente e sujeita o autor da conduta ao estado de flagrância enquanto perdurar a prática criminoso, prescindindo-se, portanto, de mandado de busca e apreensão durante a ocorrência do delito. Este mesmo entendimento está sedimentado na jurisprudência das Cortes Superiores:

“PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/03. BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE NA EFETIVAÇÃO PRISÃO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DELITO PERMANENTE. Tratando-se de tráfico ilícito de substância entorpecente, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar e pessoal que culminou com prisão do paciente, mantendo em depósito drogas e na posse de arma de fogo, não constitui prova ilícita, pois ficou evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes).” (Habeas corpus denegado. (STJ - HC 200900111626, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01/02/2010 grifo nosso).

No caso em comento, a prova produzida nos autos revela que a diligência policial não foi aleatória. Após o recebimento de reiteradas denúncias da prática do tráfico de drogas pelo acusado defronte à sua residência, os policiais civis realizaram campanhas prévias que constatarem a movimentação típica da mercancia ilícita no local. No dia dos fatos, os agentes públicos visualizaram novamente os atos de mercancia praticados pelo réu, ocasião em que decidiram abordá-lo. Ao chegarem defronte à casa, o acusado correu substâncias entorpecentes no imóvel vizinho. Portanto, o réu foi flagrado cometendo o crime de tráfico de drogas, de forma que o ingresso dos policiais no imóvel se mostrou lícito e permitido. Assim sendo, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante, uma vez que os policiais adentraram o domicílio em situação de flagrante delito. Nesse sentido:

“Agravos regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006). 4. Flagrante delito. Inviolabilidade de domicílio não configurada. Crime permanente. Repercussão geral reconhecida. Por ocasião do exame do RE nº 603.616/RO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, nos casos de flagrante em crimes permanentes, há a possibilidade de busca e apreensão domiciliar sem o mandado judicial. 5. Inexistência de argumentos

capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido”. (HC 180288 AgR, Relator (a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO D Je-135 DIVULG 29-05-2020 PUBLIC 01-06-2020).

“RECURSO Documento eletrônico juntado ao processo em 19/12/2024 às 12:30:06 pelo usuário: SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL. 2. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO ART. 5º, XI, DA CF. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. A CONSTITUIÇÃO DISPENSA O MANDADO JUDICIAL PARA INGRESSO FORÇADO EM RESIDÊNCIA EM CASO DE FLAGRANTE DELITO. NO CRIME PERMANENTE, A SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA SE PROTRAI NO TEMPO. 3. PERÍODO NOTURNO. A CLÁUSULA QUE LIMITA O INGRESSO AO PERÍODO DO DIA É APLICÁVEL APENAS AOS CASOS EM QUE A BUSCA É DETERMINADA POR ORDEM JUDICIAL. NOS DEMAIS CASOS FLAGRANTE DELITO, DESASTRE OU PARA PRESTAR SOCORRO A CONSTITUIÇÃO NÃO FAZ EXIGÊNCIA QUANTO AO PERÍODO DO DIA. (...)” (STF, RE 603.616 RO, Tribunal Pleno, Min. Gilmar Mendes, jg. 05/11/2015, D Je 10/05/2016).

Assim, rejeito a preliminar arguida.

Da leitura dos autos, sobressai que houve justa causa para a entrada da polícia no imóvel do recorrente com a seguinte busca pessoal. Isso porque após receberem denúncia de que ele vendia drogas em frente à sua casa, montaram campana por 5 dias, quando constataram que o denunciado de fato atendia na calçada os usuários que ali chegavam e resolveram abordá-lo, tendo VITOR corrido para dentro de casa e jogado os entorpecentes na casa da vizinha. Vejamos o seguinte relato policial (e-STJ Fl. 6):

Sou policial civil, com exercício no GOE desta urbe. A cerca de 15 dias atrás tomei conhecimento por meio de denúncias anônimas que o indivíduo de vulgo “vitinho”, que já é meu conhecido por envolvido no tráfico de drogas, estaria traficando defronte a sua residência, situada na Rua Angelo Brivio, 216, local onde inclusive já cumprir ordem judicial para apurar crime de tráfico. Em diligências preliminares, mediante o uso de viatura descaracterizada, durante cinco dias, onde monitorei o local, na companhia do policial Wagner e percebi que sempre no início da noite “vitinho” ficava defronte a sua residência, mais precisamente de pé na calçada e atendia os usuários de drogas, que ali chegavam. Sabendo desse comportamento e do horário, na noite de hoje eu e minha equipe, se utilizando de uma viatura descaracterizada e outra caracterizada, nos deslocamos ao local, momento em que parei a viatura descaracterizada a cerca de 100 metros e pude visualizar o momento em que começou o movimento dos usuários, sendo estes atendidos pelo “vitinho”, sendo que este atendia os usuários e permanência na calçada, dessa forma resolvi agir e me aproximei com a viatura descaracterizada, na companhia do policial civil Wagner, parei a viatura defronte aonde “vitinho” se encontrava, instante em que desembarquei da viatura e ele ao perceber que se tratava da polícia, pude perceber o momento em que este arremessou algo em direção a casa vizinha e abriu rapidamente o portão de correr da sua residência, sendo este perseguido pelo policial Wagner, onde o eu vir o policial Wagner lhe abordado na sala do imóvel,

sendo que em busca pessoal pude ver o momento em que o policial Wagner encontrou a quantia de R\$ 141,00 em notas diversas e o aparelho celular. Indagado sobre o que ele havia remessado, este me respondeu “ perdi, perdi ... ” e disse que havia jogado o BO na casa vizinha, instante em que chamei os vizinhos e pude encontrar no chão da garagem e na calçada 19 pinos de cocaína de cor rosa. Novamente indagado “vitinho” admitiu que estava traficando, apenas no horário noturno e que a cada três dias ele recebia uma cota com 45 pinos de cocaína de uma pessoa que não quis informar o nome e que vendia cada pino pelo valor de R\$ 10,00 reais. Quero consignar que o conduzido ostenta antecedentes criminais, sendo um tráfico e outro por porte ilegal de arma de fogo. Os pais do conduzido tomaram conhecimento de sua prisão e pra onde seria levado. Em seguida o conduzir até a presença da Autoridade Policial que ratificou a prisão em flagrante anteriormente decretada. Saliento que a residência do conduzido fica nas imediações da escola municipal de educação básica Mariana Zancheta Venturolli.

Embora tenha negado a traficância, o recorrente confirmou a dinâmica dos fatos que culminaram em sua prisão (e-STJ Fl. 10):

(...) Sobre os fatos tratados nestes autos que ora é acusado o interrogando nega totalmente. Alega que é usuário de entorpecentes, nunca foi internado com seu sogro e com seu trabalho conseguiu juntar dinheiro e para seu uso comprou de um desconhecido 20 pinos plásticos contendo cocaína, dos quais consumiu apenas 01 e ficou com 19. Nesta noite o interrogando estava na frente de sua residência e de repente viu um carro branco que parou e desceu vários policiais do GOE da policia civil. Como estava em poder dos 19 pinos de cocaína para seu uso, o interrogando assustou e correu para sua casa e jogou os 19 pinos de cocaína dentro de sua residência e foi abordado pelos policiais do GOE. Na busca pessoal eles encontraram em poder do interrogando o valor de R\$141,00 em dinheiro e o seu telefone celular, que foram apreendidos. Os policiais procuraram e acharam os 19 pinos plásticos contendo cocaína e fizeram apreensão e prenderam o interrogando que foi algemado. (...)

Assim, a polícia somente entrou na casa de VITOR e procedeu a busca pessoal após ter verificado por 5 dias que ele vendia drogas em frente à sua residência, bem como estava vendendo no momento que se aproximaram, e que houve fuga do recorrente, lançando os entorpecentes fora para tentar se livrar da acusação. Tal modus operandi não afronta o art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal e está em consonância com a jurisprudência desta Casa de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. NULIDADES. BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR SEM FUNDADAS RAZÕES. INOCORRÊNCIA. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO DOS POLICIAIS. MINORANTE. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR MAIS DE UM CRIME. VIOLAÇÃO DE VÁRIOS BENS JURÍDICOS. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Constituição da República, no art. 5º, inciso XI, estabelece que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem

consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial."

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/RO, esclareceu que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 5/11/2015)

3. As circunstâncias do flagrante evidenciam que os policiais civis, a partir de denúncias anônimas, montaram campana no endereço do imóvel onde estava estacionado o veículo receptado e aguardaram quem o buscaria, só aí procedendo à abordagem, razão pela qual não há flagrante ilegalidade quanto a este ponto.

4. (...) 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 834.588/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PRESENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ingresso no domicílio pelos policias foi precedido de denúncia anônima a respeito da venda de drogas pelo paciente por meio da rede social Instagram, onde inclusive ele chegou a postar fotos de plantas aparentando ser maconha em local onde havia uma estufa. Com isso, os policiais estabeleceram campana no local, o que possibilitou a visualização de movimentação incomum de dois indivíduos que interagiram com o paciente perto da residência.

- Assim, não há se falar em nulidade da entrada na residência, visto que amparada em circunstâncias concretas que sinalizavam a ocorrência de flagrante delito em seu interior, onde, de fato, foram encontrados cerca de 892g de maconha, uma cartela contendo 22 micropontos de LSD e uma garrafa de lança perfume

.- Os precedentes indicados se referem à legalidade do ingresso após prévia campana, em que se observa movimentação suspeita que vai ao encontro do que noticiado em denúncia anônima, não sendo indispensável a existência de investigação prévia. Ademais, não é possível analisar a alegação defensiva no sentido de que não houve campana, porquanto demandaria revolvimento de fatos e provas, o que é inviável na via eleita.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 809.229/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 22/8/2023.)

Desse modo, não merece acolhimento a tese defensiva.

De outro lado, também não há espaço para a desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal, seja pela quantidade de entorpecente apreendida (aprox. 22g de cocaína), conforme mencionado no Laudo de Constatação referido durante o relatório do inquérito policial (e-STJ Fl. 96), seja pelos depoimentos dos policiais que confirmaram ter presenciado a venda de entorpecentes por parte de VITOR em frente à sua residência.

Com relação à valoração negativa dos antecedentes criminais, o acórdão hostilizado trouxe os seguintes fundamentos (e-STJ Fls. 529/533):

Em observância aos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, notadamente os maus antecedentes (processo nº 1500067-95.2018.8.26.0603 fls. 389/390), a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Compulsando os autos, verifica-se, através da certidão de fls. 389/390, que o trânsito em julgado se deu apenas em 27 de junho de 2023, posteriormente, portanto, ao crime ora em apreço, datado de 18 de maio de 2022.

Ocorre que aquela certidão se refere a fatos ocorridos antes do tráfico em análise, pois o crime a que se refere foi praticado em 14 de setembro de 2018, sendo irrelevante que o trânsito em julgado tenha ocorrido em momento posterior.

O que preceitua a Súmula nº 444 do C. STJ é a vedação de “utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. In casu, o processo caracterizador do desabono possui trânsito em julgado, ou seja, não se encontra em curso, portanto, perfeitamente apto a configurar os maus antecedentes. Sobre o assunto, confira:

(...)

É cediço, ainda, que na primeira fase de aplicação da sanção, é concedida ao Magistrado ampla discricionariedade, desde que obedecidos os limites mínimo e máximo para a fixação da pena base, como ocorreu no presente caso.

Ademais, conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, em Código Penal Comentado, 13ª edição, Revista dos Tribunais, página 423, ao discorrer sobre o artigo 59, do Código Penal, afirma “... é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no artigo 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve-se situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador”.

Portanto, devidamente justificada o aumento da basilar. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, as reprimendas tornaram-se definitivas. Inviável o acolhimento do pleito da Defesa quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11343/06. Além do acusado ser portador de maus antecedentes (condenado pelos crimes previstos no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 e artigo 28, da Lei nº 11.343/2006), as circunstâncias em que se deram a prisão em flagrante, aliada à quantidade de entorpecente apreendido e certa quantidade em dinheiro sem comprovação de sua origem lícita demonstram, de maneira inequívoca, rotina de proceder, fator impeditivo da aplicação do referido benefício.

Ademais, a aplicação deste redutor somente pode ser feita em casos excepcionais, devendo o eventual beneficiário comprovar que preenche os requisitos legais, o que não acontece no presente caso.

(...)

Diante da gravidade em concreto do delito praticado pelo Apelante, além dele ser portador de maus antecedentes, o regime inicial fechado é o único possível para o caso em análise, sendo de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo proporções sem precedentes, merecendo a conduta dos acusados maior repressão por parte do Estado.

A decisão está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que

considera mau antecedente a condenação por fato anterior, mesmo que com trânsito julgado posterior à data do fato sob apuração.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA PELOS MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em exame:

1. Recurso especial interposto contra acórdão que negou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, e manteve o regime inicial fechado para cumprimento da pena

2. O recorrente foi condenado a 5 anos de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, com regime inicial fechado, e alega negativa de vigência ao art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, e ao art. 33, § 2º, do Código Penal.

II. Questões em discussão:

3. A questão em discussão consiste em saber se a condenação por fato anterior, com trânsito em julgado posterior, justifica o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.

4. A questão também envolve a definição do regime inicial de cumprimento de pena, considerando os maus antecedentes do recorrente.

III. Razões de decidir

5. A condenação por fato anterior, com trânsito em julgado posterior, caracteriza maus antecedentes e justifica o afastamento da minorante do tráfico privilegiado.

6. Apesar de o montante da sanção admitir, em tese, a fixação do regime inicial semiaberto (pena definitiva fixada em 5 anos de reclusão), os maus antecedentes justificam a fixação do regime mais gravoso, consoante aplicação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. 7. A análise do acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, que veda a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em casos de maus antecedentes. IV. Dispositivo e tese 8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 2.010.323/MG, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 3/12/2024, DJe de 18/12/2024.)

Direito PROCESSUAL Penal. Agravo Regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de Drogas. Maus Antecedentes. causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006. impossibilidade. Agravo Des provido.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, mantendo a condenação por tráfico de drogas. O agravante alega que a condenação anterior transitou em julgado após a data do crime em apuração, não podendo ser considerada para afastar o privilégio do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Sustenta ainda que houve bis in idem na consideração dos maus antecedentes.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a condenação anterior, com trânsito em julgado posterior ao crime, pode ser considerada para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado.

3. A discussão também envolve a alegação de ocorrência de bis in idem na consideração dos maus antecedentes concomitantemente na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena. I

II. Razões de decidir

4. A jurisprudência permite considerar condenações definitivas como maus antecedentes, mesmo que o trânsito em julgado seja posterior ao crime, para fins de dosimetria da pena.

5. Não configura bis in idem a consideração dos maus antecedentes na primeira e terceira fases da dosimetria, pois são etapas distintas com finalidades diferentes. IV. Dispositivo e tese 6. Agravo desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.650.540/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/11/2024, DJe de 25/11/2024.)

Assim, não há ilegalidade na consideração da condenação do recorrente por fato anterior, ainda que o trânsito em julgado tenha ocorrido posteriormente, devendo ser mantidos a exasperação da pena base, o afastamento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como o regime inicial fixado (fechado), uma vez que devidamente justificado, não havendo que se falar em bis in idem, conforme julgado acima colacionado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2024/0333701-9

**AgRg no
REsp 2.168.354 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15007604020228260603 8932022

EM MESA

JULGADO: 04/02/2025

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VITOR HUGO GUALBERTO DE CARVALHO
ADVOGADO : BRUNO BARROS MENDES - SP376553
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.