



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.933 - MS (2017/0177192-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ROSANA SILVA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E MITIGAÇÃO DA FRAÇÃO ADOTADA PARA A MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DO ESTUPEFACIENTE APREENDIDO APONTADAS EM MOMENTOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. COAÇÃO NÃO VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

2. No caso dos autos, a quantidade do entorpecente foi considerada no cálculo da pena-base, sendo que, na terceira fase da dosimetria, o Sodalício *a quo* ressaltou, exclusivamente, a natureza da droga como fundamento para mitigar a fração para o redutor especial previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, entendimento que está de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.933 - MS (2017/0177192-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROSANA SILVA DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Cuida-se de regimental interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, contra decisão unipessoal desta Relatoria, que não conheceu do *habeas corpus*, por não vislumbrar a ilegalidade apontada quanto a utilização da quantidade da droga apreendida para majorar a pena-base e a sua natureza para dosar a proporção da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Alega a agravante, em síntese, ter sido considerada a natureza do entorpecente na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, implicando no vedado *bis in idem*.

Requer, ao final, o provimento do regimental, ante a contrariedade ao princípio da legalidade e do artigo 42 da Lei de Drogas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 408.933 - MS (2017/0177192-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos dão conta de que ROSANA SILVA DE SOUZA foi denunciada pela prática das condutas descritas nos artigos 33 c/c 40, inciso V, Lei n. 11.343/06, pelo transporte interestadual de 9,200kg de maconha.

A imputação foi julgada procedente, reformada a sentença em apelação do Ministério Público, para adotar a fração de 1/4 pelo tráfico privilegiado, redimensionando a condenação para 4 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Impetrato *habeas corpus* perante esta Corte Superior, alegou-se a ilegalidade em sopesar a natureza e quantidade da droga tanto na primeira, quanto na terceira etapas da dosimetria da pena, implicando no vedado *bis in idem*.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela denegação da ordem.

Por decisão monocrática desta Relatoria, não se conheceu do *writ* por não vislumbrar a ilegalidade apontada quanto a utilização da quantidade da droga apreendida para majorar a pena-base e a sua natureza para dosar a proporção da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Daí a apresentação deste regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Porém, não se pode olvidar, por oportuno, inexistir impedimento em se utilizar a quantidade do entorpecente para majorar a pena-base e a sua natureza para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosar a fração da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL. [...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E NATUREZA DO ENTORPECENTE, NA TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. BIS IN IDEM INEXISTENTE. [...] AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Habeas Corpus n. 109.193/MG e 112.776/MS, nos quais o Plenário consagrou a orientação de que a utilização da quantidade e da qualidade da droga tanto na fixação da pena-base como na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível. Além disso, em repercussão geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, reafirmou-se que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria.

3. Na espécie, a quantidade da droga foi utilizada para exasperar a pena-base, enquanto a sua natureza para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, razão pela qual não se verifica a ocorrência de bis in idem.

[...]

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 399.458/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/10/2017)

PENAL. [...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODULAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIVERSIDADE DA DROGA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. [...] WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade das drogas apreendidas - 21 porções de maconha (374,80g), 65 microtubos plásticos de cocaína (52,72g), 11 invólucros de crack (30,54g) e 94 invólucros de crack (720,74g), para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Não configura *bis in idem* a aferição desfavorável da quantidade das drogas, na primeira etapa da dosimetria, para majorar a pena-base e a utilização da diversidade na escolha da fração mínima do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes do STJ e do STF).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 365.463/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/08/2017)

Nesse contexto, cumpre asseverar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 109.193/MG, também se manifestou sobre o tema e, do mesmo modo, não reconheceu o *bis in idem*, pela utilização de critérios distintos em cada fase da dosimetria.

Eis a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA SOMENTE NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". **Configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto.**

2. No caso, a natureza da droga apreendida foi utilizada somente na terceira etapa da dosimetria, ou seja, para fixar o fator de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6, não havendo, portanto, violação ao princípio do *ne bis in idem*. Ademais, aplicar qualquer fração de diminuição diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus.

3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direito, pois a pena imposta ao paciente – quatro anos e dois meses de reclusão – afasta o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Ordem denegada.

(HC 109.193, Relator. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

Na hipótese, o Tribunal estadual fixou a reprimenda básica acima do mínimo legal considerando a quantidade de droga apreendida, *in verbis*:

*Ressalte-se, por oportuno, que a circunstância judicial relativa à **quantidade** da substância ilícita apreendida foi valorada negativamente na primeira etapa do processo de dosimetria, com a conseguinte exasperação da pena-base, advindo daí que não pode ser usada tal circunstância na terceira etapa para mensurar o quantum de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob pena de violação ao princípio do non bis in idem (e-STJ fl. 53).*

No que tange à aplicação da causa especial de diminuição do §4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Tribunal de origem fez uso na natureza do entorpecente para diminuir a fração de incidência da benesse, asseverando que:

*Por outro lado, no que tange à fração da 1/2 (metade) empregada pelo julgador sentenciante para diminuição das penas em vista da incidência da minorante alusiva ao tráfico privilegiado, penso que é insuficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado pela apelada, **haja vista os efeitos nefastos da droga apreendida - usualmente conhecida como "maconha"**; logo, a meu sentir, deve ser utilizado o grau intermediário de 1/4 (um quarto) para a redução das penas, e não o mínimo de 1/6 (um sexto), como pretendido pelo Parquet, porquanto este último patamar revela-se desproporcional. (e-STJ fl. 53)*

Da análise dos excertos supra, nota-se que circunstâncias judiciais diversas do art. 42 da Lei 11.343/06 foram consideradas, em momentos distintos, na primeira e na terceira fases, isto é, a quantidade da droga foi utilizada para elevar a pena-base e a natureza do entorpecente para dosar a proporção de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando, assim, afastado o alegado *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não se verifica a ilegalidade apontada.

Nega-se, portanto, provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0177192-1

AgRg no
HC 408.933 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038603820158120013 38603820158120013

EM MESA

JULGADO: 24/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROSANA SILVA DE SOUZA

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 : ROSANA SILVA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.