



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.646 - MS (2017/0025469-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : DIEGO FRANKLIN BISPO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. AUSENTE. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA REFERENTE AO VOLUME DE ENTORPECENTES AFASTADO PELO TRIBUNAL DA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADA SOMENTE PARA MITIGAR A FRAÇÃO REDUTORA DA MINORANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.
2. A jurisprudência desta Corte superior admite, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, a utilização da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos para fixar a pena-base acima do mínimo legal e mitigar a fração do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Entretanto, o mesmo fundamento não pode ser sopesado na primeira e terceira fases da dosimetria, sob pena de incorrer no vedado *bis in idem*.
3. Afastado pelo Sodalício de origem o volume dos estupefacientes apreendidos da primeira etapa, e valorado apenas na terceira fase para a escolha do *quantum*, não há ilegalidade a ser sanada, uma vez que a sanção inicial foi exasperada por fundamentos diversos dos utilizados para a fixação da fração do redutor em 1/4.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.646 - MS (2017/0025469-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **DIEGO FRANKLIN BISPO DOS SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental em face de decisão, de minha relatoria, que denegou a ordem no *habeas corpus*.

O agravante argumenta que *"os mesmos fundamentos utilizados para exasperar a pena-base também foram utilizados para limitar a fração de redução da causa de diminuição, em flagrante bis in idem"*.

Requer, assim, a reconsideração da decisão monocrática, ou a submissão do recurso à Turma.

É o relatório.

DECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 387.646 - MS (2017/0025469-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Compulsando-se os autos, nota-se que a ordem do *habeas corpus* foi denegada, nos seguintes termos (fls. 365/374):

Insurge-se o impetrante contra a utilização dos mesmos critérios na primeira e na terceira fases da dosimetria, para exasperar a pena-base e mitigar a aplicação do redutor especial do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Destaco, por oportuno, que nos crimes de tráfico de drogas, deve-se analisar os quesitos descritos no art. 42 da Lei de Drogas, com preponderância aos critérios do art. 59 do Código Penal.

Colaciono, por oportuno, o trecho do acórdão que analisou a dosimetria efetuada pelo sentenciante, a saber (fls. 278/287):

Da redução da pena-base ao mínimo legal.

Requer seja a pena basilar reduzida ao mínimo legal.

Tal pretensão não merece ser acolhida em sua integralidade.

Vejamos

Ao fixar a pena do Apelante, o magistrado "a quo", ponderou que (f. 153/167):

"II. 3.1) 1ª Fase: (Circunstâncias Judiciais - CP, artigo 59 e Lei 11.343/06, artigo 42):

a) Natureza e quantidade da droga ilícita:

O artigo 42, da Lei 11.343/06, dita que, na fixação das penas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias descritas no artigo 59, do Código Penal, "a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Como as circunstâncias da personalidade e da conduta social do agente já são previstas no artigo 59, do Código Penal, devem, no caso de delitos regidos pela Lei 11.343/06, serem consideradas apenas como preponderantes sobre as demais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, a natureza e a quantidade da droga ilícita não estão expressamente previstas no referido dispositivo legal, razão pela qual a jurisprudência do Colendo STF firmou o entendimento de que o legislador criou novas circunstâncias judiciais, além daquelas previstas no artigo 59, do Código Penal, especificamente para os delitos referentes às drogas ilícitas (STF, RHC 111.440/DF, 2ª T, rei. Min Gilmar Mendes, j. 24-4.2012, DJe n°094, de 15-5.2012; STF 113.250/SP, 2ª T. Rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30-10-2012, DJe n.228, de 21-11-2012).

Assim, ao fixar a pena-base em delitos inseridos na Lei 11.343/06, devem ser analisadas, como circunstâncias judiciais preponderantes, a natureza e a quantidade de drogas ilícitas, considerando o grau de nocividade à saúde pública. No caso em tela, o acusado foi apreendido com substância popularmente conhecida como "maconha", a qual, como notório, apesar de tratar de "porta de entrada" para drogas mais fortes, individualmente considerada possui menor potencial ofensivo à saúde pública, não ensejando valoração negativa.

Porém, a grande quantidade da droga, especificamente 167kg (cento e sessenta e sete quilos), merece maior reprimenda, já que propiciaria o uso por maior número de dependentes de drogas ilícitas, caso tivesse chegado ao seu destino, e, por conseqüência, enorme dano à saúde pública.

b) Culpabilidade:

A circunstância judicial da culpabilidade não se confunde com o elemento do crime, tratando-se, apenas, da análise do grau de censura e reprovabilidade da conduta efetivamente praticada pelo agente, conforme provas dos autos.

Ao caso em tela, o acusado, como afirmado em seu interrogatório, se dispôs a buscar grande quantidade de drogas ilícitas, nesta região de fronteira, e transportá-la para outra localidade.

Sobre o tema, é notório que o tráfico de drogas causa tragédias em todo o país, pois fomenta as atividades das organizações criminosas, implica no aumento do índice de criminalidade pelos usuários que necessitam adquirir tais substâncias e eleva o gasto de dinheiro público para tratamentos de saúde daqueles.

Ainda, como é de conhecimento de toda a população, posto que reiteradamente divulgado pelos meios de comunicação, a grande maioria das drogas ilícitas que chegam ao sudeste do país, ocasionando os danos acima mencionados, são oriundas da região de fronteira seca com outros países. E é exatamente essa a situação dos autos, já que, conforme também noticiado pela mídia, inúmeros relatórios divulgados por instituições reconhecidas demonstram que a fronteira do Paraguai com o Brasil, especificamente entre as cidades de Coronel Sapucaia - MS (integrante desta Comarca de Antambaí-MS) e Capitan Bado, naquele país, faz parte da rota do tráfico de drogas ilícitas, sendo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

principal origem da substância conhecida como "maconha" distribuída em todo o território Nacional.

No mesmo sentido, é o interessante artigo apresentado no VI Seminário do Livro Branco de Defesa Nacional, em 31 de agosto de 2011, denominado "Soberania, Segurança e Violência: As Cidades-Gêmeas da Fronteira Brasil Paraguai", de autoria de Vicente Giaccaglini Ferraro Júnior (disponível no sítio da internet: <http://www.defesa.gov.br/projetosweb/livrobranco/arquivos/apresentacaotrabalhos/artigo-vicente-ferraro.pdf>), no qual apresenta o histórico do tráfico de drogas ilícitas nesta fronteira seca, inclusive com a chegada do crime organizado.

Explicado tudo isso, é de se concluir que, no caso em tela, a conduta do acusado tem grau de reprovabilidade que extrapola o tipo penal descrito no artigo 33, da Lei 11.343/06, merecendo maior reprimenda, já que um agente que guarda grande quantidade de droga ilícita, em região de fronteira (controlada pelo crime organizado e integrante da rota do tráfico), visando o transporte para os grandes centros do país, não pode ser punido da mesma maneira que aquele que pratica o mesmo delito, porém, com ínfima quantidade de substância, em curta distância e já inserida nos mencionados grandes centros.

c) Antecedentes:

Os antecedentes, ao ver deste magistrado, em razão da presunção de inocência (CF/88, art. 5º LVII), somente podem ser valorados de forma negativa nos casos em que exista sentença penal condenatória, transitada em julgado.

[...]

Além disso, tal condenação não pode ser utilizada, ao mesmo tempo, para a agravante da reincidência (CP, art. 61, I), conforme, inclusive, é a jurisprudência do STJ (súmula 241).'

De acordo com as certidões de fls. 82-84, o acusado não se encontrava em tal situação, na época do fato, sendo, portanto, possuidor de **bons antecedentes**.

d) Conduta social:

A conduta social, como notório, retrata o comportamento do agente na sociedade, excluídos fatos criminosos, os quais ensejam, como dito, o reconhecimento dos maus antecedentes ou da reincidência.

Todavia, trata-se de circunstância de difícil aplicação, pois dependeria de produção de prova a respeito, com estudo perante à comunidade.

Não bastasse isso, o agravamento de tal circunstância, na atualidade, é praticamente impossível, eis que inexistente um conceito concreto de conduta social adequada, já que os integrantes da sociedade são livres para agir do modo que melhor lhes aprouver, desde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não seja contrário ao direito.

Por isso, deixo de valorar tal circunstância.

e) Personalidade:

A personalidade do agente é ligada à sua índole e temperamento, o que, obviamente, é matéria de estudo de áreas específicas, em especial psiquiatria e psicologia, não sendo razoável ao magistrado, leigo no tema, valorar tal circunstância, quando ausente laudo respectivo, emitido por profissional.

Assim, não havendo tais documentos nos autos, deixo de valorar também esta circunstância

f) Motivos do crime:

Os motivos do crime são as razões subjetivas que estimularam o agente à prática do delito e devem ser valorados de acordo com o grau de reprovação daquelas, não se confundindo, porém, com a intensidade do dolo ou culpa do agente, a qual, como já mencionado, é objeto de análise na circunstância judicial da culpabilidade.

Além disso, os motivos do crime não podem ser valorados negativamente quando utilizados para agravante legal ou causa de aumento, assim como nas situações em estejam inseridos no tipo penal.

No caso, não há maiores provas a respeito, sendo que o acusado afirmou ter praticado o delito porque estava precisando de dinheiro, o que, ao ver deste magistrado, não merece maior reprimenda.

g) Circunstâncias do crime:

As circunstâncias do crime consistem no "modus operandi", analisando-se elementos que não integram o tipo penal, mas que implicam em maior ou menor gravidade, a exemplo do local, tempo ou modo de agir.

No caso em tela, o acusado utilizou-se de veículo regular, o qual alugou junto ao local onde trabalhava, visando assim dar uma aparente noção de legalidade a seus atos. Não bastasse isso, ocasionou prejuízos ao empregador, o qual teve o veículo apreendido.

Portanto, tal circunstância é negativa.

h) Consequências do crime:

As consequências do crime somente atuam como circunstância judicial quando não impliquem em consequência lógica da prática do tipo penal e não sejam utilizadas em outra fase da dosimetria da pena.

No caso em tela, evidentemente, o delito não produziu maiores consequências.

i) Comportamento da vítima:

A circunstância do comportamento da vítima consiste na valoração da atuação da vítima na conduta do agente, o que, por óbvio, não é analisado em delitos dessa natureza.

Por essas razões, fixo a pena-base, com fulcro no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 59 do Código Penal, e 42, da Lei 11.343/06, em 8 (oito) anos de reclusão, além de 800 (oitocentos) dias-multa.

[...]

II. 3.3) 3ª Fase (Causas de diminuição e aumento de pena):

O acusado possui bons antecedentes e, aparentemente, não integra organizações criminosas, eis que não produzida prova a respeito.

Não se pode, também, afirmar que se dedica a atividade criminosa, eis inexistir nos autos qualquer prova neste sentido, conforme já fundamentado.

Por tais razões, faz jus ao reconhecimento e aplicação da causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, a qual é direito subjetivo do réu, quando preenchidos seus requisitos ou inexistente prova em sentido contrário.

[...]

Quanto ao grau de diminuição da pena, o STF tem se posicionado no sentido de que a **quantidade e natureza** da droga ilícita somente podem ser utilizadas para valoração das circunstâncias judiciais, nos termos do artigo 42, da Lei 11.343/06, impedindo nova análise nesta fase:

[...]

Em tal contexto, considerando que o artigo 42, da Lei 11.343/06 exige do juiz a valoração da natureza e quantidade da droga ilícita na primeira fase de dosimetria da pena, ao passo que, segundo a jurisprudência do STF, tal fato não pode ser usado novamente para determinar o montante de redução, quando presente a causa de diminuição em tela, revela-se adequado o entendimento de que o patamar deve ser aplicado de acordo com a necessidade de reprovação e prevenção do crime, resolvendo-se no aspecto do justo, no caso concreto, sob pena de esvaziamento do instituto criado pelo legislador.

[...]

No caso em julgamento, verifica-se que o acusado não possui sequer registro de ocorrências policiais ou inquéritos, o que pode ser utilizado em seu favor, no sentido de se concluir que nunca fez parte de organizações criminosas. Por outro lado, se dispôs a manter sob sua guarda **grande quantidade de drogas ilícitas**, visando seu transporte para a Capital deste Estado, tendo, ainda, se deslocado do Estado de Sergipe até esta região com tal intuito, utilizando-se, também, de um veículo alugado no local onde trabalhava.

Ainda, vale ressaltar que várias circunstâncias judiciais, no caso, são em sua maioria desfavoráveis ao acusado.

Assim, diminuo a pena aplicada ao acusado em 1/4, passando a dosar-la em 5 (cinco) anos de reclusão e 499 (quatrocentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e noventa e nove) dias- multa." (grifas nossos)

A pena-base foi majorada sendo consideradas desfavoráveis ao Apelante a quantidade da droga, a culpabilidade, e as circunstâncias do crime.

As sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.

No processo de individualização da pena, o juiz analisa o disposto nos artigos 59 ao 68, todos do CP, sendo vedado qualquer tipo de padronização.

Passa-se a avaliar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verificando que não podem subsistir algumas das moduladoras tidas como desfavoráveis. Explico:

Da culpabilidade: *A culpabilidade relaciona-se com o grau de reprovabilidade da conduta. Representa a intensidade de dolo ou grau de culpa.*

O argumento de que "no caso em tela, o acusado, como afirmado em seu interrogatório, se dispôs a buscar grande quantidade de drogas ilícitas, nesta região de fronteira, e transportá-la para outra localidade", e ainda, o fato de que a região em questão seja fronteira de fato indicam maior culpabilidade do Apelante.

Trata-se de pessoa que foi contratada em outro Estado distante (SE) para vir até este Estado com tal objetivo, enfrenando viagem longa que exigiu ação articulada e premeditada, pelo que entendo que a culpabilidade extrapolou o normal do tipo e como tal ser mantida como desfavorável.

O grau de reprovabilidade da conduta da Apelante excede o normal do tipo e por isso permite a exasperação da pena-base.

Das circunstâncias do crime: *As circunstâncias do crime dizem respeito aos meios empregados na prática delitiva, que não constituem o tipo penal em si, mas influenciam em sua gravidade, tais como, ânimo do agente, local da ação, condições de tempo ou objeto utilizado.*

No caso em tela, a circunstância do crime foi considerada desfavorável ao argumento de que "o acusado utilizou-se de veículo regular, o qual alugou junto ao local onde trabalhava, visando assim dar uma aparente noção de legalidade a seus atos. Não bastasse isso, ocasionou prejuízos ao empregador, o qual teve o veículo apreendido".

Ora, também esse é um contexto fático que justifica a majoração da pena-base, pois trata-se de conduta mais grave e elaborada, que ademais causou prejuízo adicional a terceiro, além do prejuízo normal do tráfico atingindo toda a comunidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto aos critérios do art 42 da Lei n.º 11.343/2006, eles podem servir para fundamentar a pena-base, e são até preponderantes.

Sendo elevada a quantidade da substância entorpecente, haveria sim motivo para considerar negativa a quantidade da droga (167 kg de maconha), e tal justificaria exasperar a pena basilar.

Contudo, entendo necessário no caso presente evitar tal elevação na pena base, já que aproximadamente os mesmos argumentos foram também elencados para justificar a aplicação da redutora do tráfico privilegiado no patamar de 1/4, e este patamar será mantido neste voto, como será exposto em seguida.

Assim, para evitar-se o bis in idem, entendo adequado decotar esta circunstância do art. 42 da Lei de Drogas de fator agravante da pena-base, permanecendo apenas as outras duas moduladoras desfavoráveis acima citadas como motivadoras da exasperação da pena-base.

II. Do pleito de aplicação do tráfico privilegiado no patamar máximo legal.

Requer a defesa seja concedida a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo previsto na lei, qual seja, 2/3 (dois terços). Inviável tal pretensão.

A tese defensiva consiste no fato de considerar insuficiente a fração da concessão do tráfico privilegiado na fração de 1/4 (um quarto) realizada pelo magistrado a quo, por entender que as circunstâncias judiciais não são, em sua maioria, desfavoráveis ao Apelante, e ainda que, ao contrário do que alegou o sentenciante, "a quantidade da droga não é tão expressiva assim, se levada em consideração as prisões comumente realizadas na faixa de fronteira" (f. 203).

Com a devida vênia, não compartilho de tal entendimento.

Em primeiro lugar, algumas circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao Apelante, e por outro lado, impossível compactuar com a idéia de que 167 kg (cento e sessenta e sete quilogramas) de maconha não deva ser considerada quantidade elevada de drogas, se comparada às apreensões realizadas em regiões de fronteira.

Saliento que nesta etapa será possível ponderar negativamente a quantidade de maconha, já que esta moduladora já foi decotada como fator agravante da pena-base, e pode então ser ponderado nesta terceira etapa, sem incorrer em bis in idem.

Ora, a quantidade de maconha apreendida caracteriza, por si só, dedicação à atividade criminosa, pois inconcebível acreditar que alguém que não participe de organização criminosa esteja apto a preparar e transportar, sozinho, tão elevada quantidade de entorpecente, que, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sabido, também demanda investimento financeiro elevado para aquisição da droga e despesas para seu transporte do local de fronteira até onde deva ser distribuída ou repassada a fornecedores/revendedores.

Contudo, apesar de feito tal registro, deixo claro que não se poderá julgar de forma mais desfavorável do que fez o juiz, por isso, deve ser mantida a benesse do tráfico privilegiado, eis que não foi tal questão objeto de recurso ministerial e não cabe reforma da sentença para pior.

Tal fato impede este Tribunal de proceder o aumento da pena em respeito ao princípio da *ne reformatio in pejus*, eis que estamos diante de um recurso defensivo.

Analizando os fatos, verifica-se que o Apelante foi preso em flagrante por tráfico e ele mesmo afirma que seria a terceira oportunidade em que estava praticando tal conduta. Ademais, a enorme quantidade de droga apreendida, *per si*, obsta a concessão do tráfico privilegiado no patamar mínimo legal como o pleiteado pela defesa.

Pelo exposto, cabe manter a fração de 1/4 (um quarto) aplicada pelo singelo julgador, não havendo, portanto, qualquer alteração a ser feita neste ponto da sentença.

Passa-se ao redimensionamento da pena:

Passo ao redimensionamento da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante.

No âmbito da 1ª. fase do método trifásico de apenamento, são desfavoráveis duas circunstâncias do art. 59, do Código Penal (circunstâncias e culpabilidade), pois apenas se decotou a aplicação nesta fase do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, **deixando de considerar a elevada quantidade de droga apreendida (167 kg de maconha), pois esta ficará ponderada na terceira etapa da dosimetria.**

Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Na 2ª. fase, tal como reconhecido na sentença, incide a atenuante descrita no art. 65, III, "d", do Código Penal, motivo pelo qual reduzo 01 (um) ano da pena inicial, restando a pena intermediária em 06 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Por fim, na 3ª etapa de dosimetria penal, devido ao reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, ratifico a diminuição operada na sentença, na fração de 1/4 (um quarto), restando a pena definitiva do Apelante em: 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 450 (quatrocentos e cinquenta) dias-multa.

Com efeito, tem-se que a pena-base foi fixada em 8 anos de reclusão, mais 800 dias-multa, com fundamentos na culpabilidade, circunstâncias do crime e quantidade de drogas, e a causa de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi fixada em 1/4.

Entretanto, a Corte estadual, ao julgar o recurso de apelação, reduziu a pena-base a 7 anos de reclusão, mais 700 dias-multa, **afastando a quantidade de drogas apreendidas**, e manteve a minorante especial no mesmo patamar fixado pelo sentenciante.

No que concerne à alegação de ocorrência de *bis in idem* tendo em vista a utilização dos mesmos fundamentos para a exasperação da pena-base e a mitigação da minorante especial da Lei de Drogas, não assiste razão ao impetrante. Isso porque, a Corte estadual afastou a quantidade de drogas da fixação da pena-base, e manteve a fração de 1/4 pelo volume de entorpecentes apreendidos.

Nota-se que, não obstante o sentenciante tenha fixado o referido quantum com fundamento no fato de o paciente "se dispôs a manter sob sua guarda grande quantidade de drogas ilícitas, visando seu transporte para a Capital deste Estado, tendo, ainda, se deslocado do Estado de Sergipe até esta região com tal intuito, utilizando-se, também, de um veículo alugado no local onde trabalhava", a Corte estadual entendeu que a quantidade de drogas seria suficiente para justificar a escolha da fração de 1/4.

Nesse mesmo diapasão, tem-se:

[...]

Assim, tendo o Tribunal a quo utilizado fundamentos diversos para manter a pena-base acima do mínimo legal e a fração do redutor especial em 1/4, não há se falar em ilegalidade a ser sanada por este Sodalício superior.

Insurge-se o agravante com relação ao não reconhecimento do *bis in idem* na primeira e terceira fases da dosimetria, contudo, não lhe assiste razão.

Isso porque, conforme consignado na decisão impugnada, o Tribunal a quo ao analisar a dosimetria realizada pelo sentenciante, entendeu que a quantidade de droga apreendida deveria ser sopesada somente na terceira fase da dosimetria, conforme nota-se do seguinte trecho do acórdão (fl. 286):

Quanto aos critérios do art. 42 da Lei nº 11.343/06, eles podem servir para fundamentar a pena-base, e são até preponderantes.

Sendo elevada a quantidade da substância entorpecente, haveria sim motivo para considerar negativa a quantidade da droga (167 kg de maconha), e tal justificaria exasperar a pena basilar.

Contudo, entendo necessário no caso presente evitar tal elevação na pena-base, já que aproximadamente os mesmos argumentos foram elencados para justificar a aplicação do redutor do tráfico privilegiado no patamar de 1/4, e este patamar será mantido neste voto, como será exposto em seguida.

Assim, para evitar-se o *bis in idem*, entendo adequado decotar esta circunstância do art. 42 da Lei de Drogas de fator agravante da pena-base,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permanecendo as outras duas moduladoras desfavoráveis acima citadas como motivadoras da exasperação da pena-base.

Assim, tendo o Tribunal *a quo* afastado da pena-base a consideração negativa referente à quantidade de entorpecente apreendido, e sopesado tal quesito somente na terceira fase, não há se falar em *bis in idem*. Nesse diapasão:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE ACENTUADA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE VALORADA SOMENTE NA TERCEIRA FASE. MODULAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. REGIME FECHADO. BIS IN IDEM INEXISTENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. A Corte estadual, ao analisar o caso em concreto, apresentou fundamentação idônea quanto à maior culpabilidade e às circunstâncias do delito as quais desdobram do tipo penal, não havendo o que ser reparado.

2. Contudo, ao reconhecer ilegalidade quanto às consequências do crime, deveria ter feito algum reparo na dosimetria. Ademais, como se observa, a grande quantidade da droga apreendida (mais de 200 Kg - duzentos quilos - de maconha) como idênticas circunstâncias foram utilizadas para elevar a pena-base e modular o quantum da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Entretanto, esta Corte Superior, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que a dupla valoração da mesma circunstância, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, caracteriza *bis in idem*.

3. Ao contrário do que alega a defesa, na primeira fase da dosimetria, foram mantidas em desfavor do recorrente a culpabilidade, circunstâncias e excluída a grande quantidade de droga, a qual foi exclusivamente considerada na terceira fase da dosimetria para manter a causa de diminuição em seu patamar mínimo.

4. Cumpre registrar, que é entendimento pacificado nesta Corte que inexistente *bis in idem* quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para afastar a minorante ou modulá-la e, logo depois, no momento da fixação do regime inicial do cumprimento da reprimenda. (Precedentes.)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 466.013/PE, Rel. Ministro RIBEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0025469-4

AgRg no
HC 387.646 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000481520158120004 481520158120004

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

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 : DIEGO FRANKLIN BISPO DOS SANTOS

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 : DIEGO FRANKLIN BISPO DOS SANTOS
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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.