RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.980 - MS (2019/0089959-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO	:	ROSE CLEIA BERGA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL** fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A acusação alega negativa de vigência do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal.

Aduz que "O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de ser possível o aumento da pena-base em razão da mesma circunstância judicial negativa que justificou a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei Federal n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, sem que configure *bis in idem*" (e-STJ, fl. 456)

Requer, assim, o provimento do recurso "para reconhecer a grande quantidade de droga apreendida (100Kg - cem quilogramas de MACONHA) como circunstância judicial desfavorável e para exasperar a pena-base, nos termos do que dispõe o artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei Federal n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, sem que configure *bis in idem*." (e-STJ, fl. 462)

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 493-507) e admitido o inconformismo, os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (e-STJ, fls. 630-632).

É o relatório.

Decido.

O reconhecimento do tráfico privilegiado foi negado no acórdão impugnado em decisão assim motivada:

> [...] "Desse modo, tendo em mente as circunstâncias nas quais se desenvolveu a ação criminosa, isto é, a enorme quantidade de droga apreendida - por volta de 100 kg (cem quilogramas) de 'maconha' o cometimento do delito em concurso de pessoas, além do episódio de que um terceiro realizava o percurso à frente do veículo no qual estavam as acusadas/recorrentes, na condição de batedor, para checar as condições de fiscalização, a fim de garantir o sucesso da operação, a meu ver, tal conjuntura evidencia que elas não são 'traficantes de primeira viagem', e sim fazem da traficância o meio de vida delas, dedicando-se à atividade criminosa, resultando daí que não podem ser beneficiadas com a minorante estampada no § 4º do art. 33

> da Lei n° 11.343/2006, eis que não preenchem um dos requisitos para a sua concessão." [...]

Como se vê, o Tribunal de origem negou a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender que a grande quantidade de droga apreendida e o *modus operandi* da conduta delitiva evidenciariam não serem as rés "traficantes de primeira viagem".

Quanto à primeira fase da dosimetria, observa-se que a pena-base foi reduzida para 6 anos de reclusão, em razão da análise desfavorável das circunstâncias do delito. A Corte estadual afastou o sopesamento negativo da quantidade de droga nesta etapa porque tal circunstância já teria sido aferida na terceira fase da dosimetria, para afastar na integralidade a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de ofensa ao princípio do *bis in idem*.

Impetrado *habeas corpus* nesta Corte em benefício de Rose Cleia Berga dos Santos, a Quinta Turma no exame do *writ* **HC 492.560/RS**, em 10/4/2019, concedeu a ordem, de ofício, extensível a corré, para fazer incidir em 1/6 a minorante. Neste julgamento, decidiu-se que, certificada a primariedade das rés e seus bons antecedentes, e uma vez constatado que elas teriam agido na condição de meras transportadoras, mediante promessa de pagamento em dinheiro ("mula"), seria adequada a aplicação do redutor no mínimo legal, diante do auxílio prestado ao crime organizado no deslocamento de gigantesca quantidade de entorpecentes.

Dessarte, não há como acolher o pleito ministerial, pois, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), está vedada a aferição concomitante da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria, para modular o índice de redução, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

A propósito, julgado desta Corte que respalda esse entendimento:

> 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.
>
> (...)
>
> 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.*
> (...)
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AgRg no AREsp 466.013/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017).

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial.
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator