

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.146 - MS (2019/0271701-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**AGRAVADO** : **MARCO ANTONIO RODRIGUES (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **LÍVIA ROBERTA MONTEIRO - MS022281**

**DECISÃO**

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do agravado, condenado à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, e negou provimento ao apelo ministerial.

O recorrente aponta a violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, alegando, em síntese, que a quantidade do entorpecente apreendido, aproximadamente 17Kg de maconha, enseja o aumento da pena-base.

Não houve contrarrazões.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso às e-STJ fls. 542/547.

É o relatório. Decido.

A irresignação não prospera.

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do agravado para 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo sua condenação pelo crime de tráfico de entorpecente.

O recorrente alega que a quantidade do entorpecente apreendido, aproximadamente 17Kg de maconha, enseja o aumento do pena-base.

De fato, nos termos da jurisprudência firmada neste Tribunal

Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para justificar a exasperação da pena-base. A propósito: AgRg no AREsp 1551985/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 30/09/2019 e AgRg no HC 522.081/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 18/10/2019.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE N. 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. (AgRg no HC 509.796/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 25/10/2019).

Ainda nessa mesma linha:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA VALORADA NA PENA-BASE E PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE. BIS IN IDEM. SIMPLES CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE PARA AFASTAR O PRIVILÉGIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. É vedada a utilização da quantidade e natureza da droga, concomitantemente, na primeira e terceira fases da dosimetria, sob pena de bis in idem. 2. A condição de mula, por si só, não configura dedicação à atividade criminosa, não constituindo fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor. Precedentes.*

*3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1460953/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 08/10/2019)*

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BIS IN IDEM RECONHECIDO PELA CORTE REGIONAL. ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES*

*NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E NA MODULAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006.*

*1. Verifica-se que a decisão da Corte regional está de acordo com o entendimento deste Tribunal Superior, segundo o qual a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto na fixação da pena-base como na modulação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível.*

*2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1366221/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 26/09/2019)*

No caso em tela, a quantidade da droga foi utilizada na terceira fase da dosimetria para a escolha da fração do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. Confira-se:

*Em razão da quantidade de entorpecente, que apesar de não vultosa, é considerável, contudo de natureza mais branda dentre os narcóticos (17,600 Kg de maconha), fixo no patamar um pouco abaixo do intermediário, na fração de 1/4, por ser razoável e proporcional diante do quadro fático exposto.*

*[...]*

*Reconhecida neste recurso, a minorante do tráfico privilegiado, com redução na fração de 1/4, resta a pena definitiva em 04 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 438 dias-multa, respectivamente para os dois Apelantes. (e-STJ fl. 480)*

Dessa forma, inadmissível a utilização da quantidade da droga também na primeira, como pretende o recorrente, sob pena de indevido *bis in idem*.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator