

# TRÁFICO PRIVILEGIADO E O PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO STF E STJ DURANTE A DOSIMETRIA DA PENA

PRIVILEGED TRAFFIC AND THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE: A ANALYSIS FROM THE STANDPOINT OF THE STF AND STJ DURING THE PEN DOSIMETRY

Recebido em	22/11/2022
Aprovado em	24/11/2022

Juliana Oliveira Eiró do Nascimento<sup>1</sup>  
Giovanna dos Santos Salvador<sup>2</sup>  
Jacqueline Lobão Haase<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo examina a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça relativas à configuração ou não do *bis in idem* na decisão que reconhece o tráfico privilegiado no intervalo temporal entre 1 de janeiro de 2021 até 30 de abril de 2022. O objetivo é analisar os posicionamentos atuais correlacionando com entendimentos doutrinários, expondo as divergências encontradas acerca da utilização das circunstâncias de natureza e quantidade da droga durante a dosimetria da pena. Para tanto, o estudo apresenta os conceitos do princípio ne *bis in idem*, da dosimetria da pena e do tráfico privilegiado e seus requisitos. Além disso, investiga o entendimento das Cortes Superiores quanto à reincidência e os critérios de natureza e quantidade da droga usadas na dosimetria da pena. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

**Palavras-chave:** Tráfico privilegiado; ne *bis in idem*; dosimetria da pena.

## ABSTRACT

This article examines the jurisprudence of the Federal Supreme Court and Superior Tribunal de Justiça regarding the configuration or not of *bis in idem* in the decision that recognizes privileged trafficking in the time interval between January 1, 2021 and April 30, 2022. The objective is to analyze the current positions correlating with doctrinal understandings, exposing the divergences found about the use of the circumstances of nature and quantity of the drug during the dosimetry of the sentence. Therefore, the study presents the concepts of the *ne bis in idem* principle, the dosimetry of the penalty and privileged trafficking and its requirements. In addition, it investigates the understandings of the Superior Courts regarding recidivism and the criteria of nature and quantity of the drug used in the dosimetry of the

<sup>1</sup> Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo CESUPA. Advogada. E-mail: julianaeiro1@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Estácio do Pará. E-mail: giovannassalvador@gmail.com.

<sup>3</sup> Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional - CESUPA. Pós-graduada em Perícia Criminal e Ciências Forenses - IPOG. Pós-graduada em Direito Público - CESUPA. Advogada.

sentence. In the research, the hypothetical-deductive method is used, with a documentary and bibliographical analysis and a qualitative approach to the theme.

**Keywords:** Privileged traffic; *ne bis in idem*; feather dosimetry.

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o legislador tem o dever de reprovar de forma diferente cada conduta delitiva, na medida da sua gravidade. Em razão disso, a Lei 11.343 de agosto de 2006 (Lei de Drogas) estabeleceu uma inovação jurídica denominada “tráfico privilegiado”.

Com isso, tem-se uma causa especial de diminuição de pena para os tipos de tráfico e equiparados, quando o agente ativo não faz do narcotráfico seu meio de vida. Isso porque o ato cometido pelo agente é considerado de menor reprovabilidade, podendo usufruir da benesse desde que cumpra os requisitos previstos na lei.

Nesse caso, a pena do infrator da norma penal será diminuída de um sexto a dois terços na terceira fase da dosimetria, garantindo um tratamento mais proporcional e individualizado.

A problemática reside no fato de que existe uma falta de previsão legal de quais parâmetros devem ser utilizados para a fixação do quantum de redução da pena. Com isso, na prática, os órgãos julgadores têm adotado, como um dos critérios, a natureza e a quantidade de droga, ou seja, as mesmas regras utilizadas para fixação da pena-base ou para o afastamento do privilégio. Além disso, a reincidência é utilizada simultaneamente para agravar a pena-base e para afastar o privilégio.

Em decorrência da faculdade de optar em qual fase da dosimetria os critérios da natureza e quantidade da droga serão utilizados, assim como também pela observância da utilização simultânea da reincidência em duas fases, tem-se a necessidade de cautela, de modo que haja a observância obrigatória do princípio do *ne bis in idem*.

Com isso, a presente pesquisa reúne informações com a finalidade de responder ao seguinte problema de pesquisa: De que forma o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm se posicionado em relação à utilização dos critérios relativos à reincidência, natureza e quantidade de drogas para reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, sob o prisma do *ne bis in idem* durante o período entre 1 de janeiro de 2021 até 30 de abril de 2022?

Acredita-se que para não configurar *bis in idem* durante a dosimetria da pena para

análise do tráfico privilegiado, os motivos e circunstâncias só devem ser valorados em um único momento durante a aplicação da pena, de forma que o agente não seja punido mais de uma vez. Com isso, buscou-se pela jurisprudência das Cortes Superiores de forma a entender em como se dá a aplicação das circunstâncias da quantidade e natureza da droga, assim como também o motivo da dupla utilização da reincidência não configurar *bis in idem*.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar o entendimento jurisprudencial do STF e STJ em relação à utilização dos critérios relativos à reincidência, natureza e quantidade de drogas para reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, sob o prisma do *ne bis in idem* no período entre 1 de janeiro de 2021 e 30 de abril de 2022.

Para atingir o fim almejado, o presente artigo é estruturado em seis itens, sendo o primeiro esta introdução; o segundo explana sobre o princípio do *ne bis in idem* no direito penal brasileiro; o terceiro analisa aspectos relacionados à dosimetria da pena no Brasil; o quarto expõe sobre a configuração do tráfico privilegiado e os critérios usados na aplicação da pena; o quinto apresenta o entendimento do STF e STJ quanto à configuração de *bis in idem* durante a dosimetria da pena do tráfico de drogas privilegiado; por fim, o sexto e último item apresenta as conclusões deste estudo.

O presente estudo apresenta relevância teórica, buscando trazer melhor compreensão da incidência do princípio *ne bis in idem* na análise da aplicação do tráfico privilegiado nas fases da dosimetria da pena. O entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores está sofrendo modulação temporal e necessitam de constante avaliação, sendo a uniformização de seus posicionamentos de suma importância. Tais decisões incidem em reflexos jurídicos e necessitam de consolidação de entendimento.

Além disso, é imprescindível avaliar a tratativa realizada pelos julgadores perante a configuração do princípio *ne bis in idem* quando estão analisando a aplicação do tráfico privilegiado. Por este motivo, faz-se necessária a análise jurisprudencial das Cortes Superiores, observando se o agente está sendo punido duas vezes pelo mesmo motivo e se possuem entendimento consolidado sobre em qual fase utilizar cada critério corretamente, com o fim de evitar afastamento do princípio processual penal.

A investigação é do tipo teórica. Em relação aos métodos de procedimento, utiliza-se o bibliográfico, bem como a dogmática jurídica e legislativa. Além disso, adota-se o método hipotético-dedutivo.

No estudo, realiza-se um levantamento bibliográfico e documental sobre o tema, em especial, de decisões do STF e STJ, através de busca realizada entre as datas 01.01.2021 até 30.04.2022, no endereço eletrônico “[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)”, utilizando as palavras-chave

“tráfico privilegiado”, “reincidência”, “*bis in idem*” e “quantidade e natureza”, com o uso dos filtros (1) tribunais “STJ” e “STF”, e (2) temporal de 1 de janeiro de 2021 até 30 de abril de 2022, tendo em vista que se busca o entendimento mais atual das Cortes Superiores. Ao final todas as informações e dados colhidos foram sistematizados de forma qualitativa e estruturados na forma de um artigo científico.

## 2 PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO PENAL

O Direito Penal Brasileiro possui princípios norteadores para sua correta aplicação, observá-los é fundamental para a concretização do dever-poder do Estado-Juiz de exercer o jus puniendi de forma adequada. Dentre estes princípios, têm-se aqueles que se relacionam com a penalização do infrator, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, ambos previstos constitucionalmente no artigo 1º, inciso III e artigo 5º, inciso XLVI, respectivamente, assim como também o princípio do *no bis in idem* ou *ne bis in idem* (BRASIL, 1988).

Considerando os objetivos do presente estudo, optou-se por analisar, nesta seção, de forma mais aprofundada a vedação do *bis in idem*, termo que significa a proibição (*ne*) da indicação de mais de uma (*bis*) consequência jurídica pelo cometimento do mesmo fato (*idem*) (SABOYA, 2014, p. 185).

Cunha (2019, p. 117) leciona que o mencionado princípio foi previsto originalmente no Estatuto de Roma, em seu artigo 20.1. e, com o passar da história, começou a ser previsto expressamente em outros documentos, como Constituições e tratados internacionais.

Atualmente, a vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou fundamento é consagrada no âmbito internacional, como o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Em âmbito nacional, apesar de não haver previsão expressa do princípio na Constituição Federal da República Federativa Brasileira (CRFB/88), observa-se que ele decorre de dois outros princípios constitucionalmente previstos: o da legalidade em junção com o da vedação do duplo processo pelo mesmo fato, previstos no artigo 5º, inciso XXXIX e § 2.º da CRFB/88, respectivamente (NUCCI, 2021, p. 101).

O princípio deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo, no mínimo, três significados: (1) processual, no sentido de que ninguém pode ser processado mais de uma vez pelo mesmo crime; (2) material, relacionado à vedação de que haja mais de uma condenação em razão de um mesmo fato; e (3) execucional, de modo que ninguém pode ser executado mais de uma vez por condenações relacionadas ao mesmo fato (CUNHA, 2019, p. 118).

Observa-se que o princípio *ne bis in idem* possui um amplo campo de atividade, enraizando-se nos vários planos do poder punitivo do Estado. Saboya (2014, p. 168), no que concerne ao significado material, diz que o princípio *ne bis in idem* veda a pluralidade de efeitos jurídicos utilizando-se dos mesmos fatos e fundamentos, impedindo assim a ocorrência de mais de uma consequência jurídico-repressiva, proibindo sobreposições punitivas.

Este princípio possui correlação com a individualização da sanção penal, pois durante as fases de aplicação da pena, o magistrado deverá ter a cautela de não ponderar um critério mais de uma vez em diferentes momentos da fixação da pena, atentando-se para não ocorrer dupla punição (NUCCI, 2021, p. 102). Este assunto será explanado com mais profundidade na próxima seção do trabalho.

### 3 DA DOSIMETRIA DA PENA

Quando uma pessoa comete um fato típico, ilícito e culpável, nasce o dever-poder de punir para o Estado. Para tanto, o órgão julgador, respeitando os princípios constitucionais e processuais, deve fixar uma pena a partir de um sistema trifásico, conforme determina o artigo 68 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal (CP) - (CUNHA, 2019, p. 476).

A primeira etapa da aplicação da pena, que consiste na primeira fase da dosimetria, fixa a pena-base. Na ocasião, são consideradas as chamadas circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do CP (GRECO, 2022, p. 620). O dispositivo prescreve que o juiz deve considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, para determinar a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Para fixação da pena-base, o magistrado deverá partir da pena mínima legalmente estabelecida, e conforme forem identificadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, vai em direção para a pena máxima fixada abstratamente pelo legislador no tipo penal (CUNHA, 2019, p. 478). O quantum de aumento da pena ficará a critério do juiz, sempre devidamente fundamentado.

Na segunda fase da dosimetria, incidem sobre a pena-base as circunstâncias agravantes, dispostas nos artigos 61 e 62 do CP, e/ou atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do CP. Sobre o tema, Greco (2022, p. 639) explica que, diferente das agravantes, que são consideradas taxativas, tem-se que o rol de atenuantes é exemplificativo, pois o artigo 66 prescreve que a pena poderá ser atenuada por circunstância relevante anterior ou posterior ao

crime, mesmo não expressamente prevista na lei, denominadas circunstâncias atenuantes inominadas.

Como exemplo de circunstâncias agravantes previstas no CP tem-se a reincidência, cometer o crime por motivo fútil ou torpe e executar ou participar de crime mediante paga ou promessa de recompensa. As circunstâncias atenuantes podem ser, por exemplo, o agente ter desconhecimento da lei, ter cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral e ter o agente menor de 21 anos da data do fato (BRASIL, 1940).

Por último, a terceira fase da dosimetria da pena avalia as causas de aumento e/ou diminuição da pena, também denominadas majorantes e minorantes. Segundo Cunha (2019 p. 508), essas causas estão previstas na parte geral e especial do CP, bem como em legislações extravagantes, juntamente com o quantum de aumento ou diminuição que deve incidir sobre a pena-intermediária.

Dentre as várias causas de diminuição de pena, tem-se a figura do tráfico privilegiado, minorante de interesse para os fins deste estudo, e que será melhor analisada na próxima seção deste artigo.

#### **4 TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO**

A Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas - estabelece medidas tanto de prevenção para o uso quanto para atenção e reinserção dos usuários, assim como também define crimes para quem comete o tráfico de entorpecentes (BRASIL, 2006).

A norma adotou igualmente o sistema trifásico em seu regime de aplicação das penas, fixado no artigo 42, inclusive, algumas circunstâncias judiciais específicas, que deverão ser consideradas com preponderância com o previsto no rol do artigo 59 do CP, sendo: a natureza e quantidade da droga apreendida, a personalidade e conduta social do agente, consideradas na fixação da pena (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 145).

Os critérios de natureza e quantidade da droga também são utilizados no momento da dosimetria da pena que verifica a aplicação de uma das inovações trazidas pela referida lei: o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º. Este dispositivo determina que as penas podem ser diminuídas de um sexto a dois terços, desde que o agente tenha primariedade, bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas assim como não integre organização criminosa.

Importante destacar que, na redação original do parágrafo do tráfico privilegiado, havia a vedação da conversão em pena restritiva de direitos. Porém, o STF julgou a

inconstitucionalidade incidental da previsão, pois considerou se tratar de uma ofensa ao princípio da individualização da pena (STF – HC 97256/RS, Tribunal Pleno, relator Min. Ayres Britto, julgado 01.09.2010, divulgado no Dje em 16.12.2010).

Com isso, a pena restritiva de direitos passou a ser aplicável, desde que presentes os requisitos contidos no artigo 44 do CP, quais sejam: o réu não ser reincidente em crime doloso; o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça e a pena privativa de liberdade não ultrapassar quatro anos ou, em caso de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada; conduta social, personalidade do agente, culpabilidade e antecedentes, assim como também as circunstâncias e motivos demonstrarem que essa conversão seja suficiente.

A previsão do tráfico privilegiado garante um tratamento diferenciado do sujeito de pequena periculosidade, não considerado um traficante habitual. Segundo Masson e Marçal (2019, p. 79), o dispositivo mencionado é uma causa de diminuição de pena e tem o propósito de diferenciar o grande do pequeno (e acidental) traficante, proporcionando maiores chances de reinserção social do agente que não pratica essas condutas de forma contumaz.

No que se refere à caracterização da figura do agente que possui dedicação habitual ao tráfico de drogas, Gonçalves e Baltazar Jr. (2019, p. 102) esclarecem que são diversas as formas de constatação, tais como: confissão do réu, apreensão de listas de nomes de clientes em posse do acusado, quantidade de drogas e até mesmo a interceptação telefônica demonstrando uma rotineira movimentação de vendas.

Sobre o tráfico privilegiado, Lima (2019, p. 1.205) esclarece que, na verdade, não é de fato um privilégio, pois o legislador não inseriu uma nova pena privativa de liberdade com previsão do seu quantum em mínimo e máximo. Trata-se na verdade de uma causa de diminuição de pena que se aplica somente às dezoito condutas previstas como crime no caput do artigo 33 da Lei de Drogas, e às condutas equiparadas fixadas no §1º do mesmo dispositivo (MARCÃO, 2021, p. 96).

Alguns exemplos das dezoito condutas dispostas no rol do artigo 33 são: importar, vender, produzir, ter em depósito e transportar drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Incorrem nas condutas equiparadas, por exemplo, aqueles que vendem ou transportam matéria-prima ou insumos para produção de drogas, assim como também aquele que semeia ou cultiva plantas que são matéria-prima para produção de drogas, sem autorização legal.

Importa frisar que, para a aplicação da benesse prevista, existem requisitos que deverão ser preenchidos. Assim, para atingir os objetivos do presente estudo, passa-se a uma análise mais aprofundada do assunto.

#### 4.1 Requisitos para a configuração do tráfico privilegiado

Os requisitos para a configuração do tráfico privilegiado são cumulativos e subjetivos, pois se relacionam com a figura do próprio agente (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 80). Estão previstos no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a saber: (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; e (4) não integração em organização criminosa (BRASIL, 2006).

Somente cumpridas as referidas exigências, o agente que cometeu o delito do tráfico e equiparados poderá ter sua pena consideravelmente diminuída na terceira fase da dosimetria da pena (BRASIL, 2006).

Há entendimento doutrinário no sentido de que (MARCÃO, 2021, p.95) preenchidos os requisitos, a redução se torna um direito subjetivo do réu, e não apenas uma faculdade dos juízes.

Mas a posição não é unânime, uma vez que, também existe posicionamento doutrinário (CAPEZ, 2022, p. 310) no sentido que o termo “poderá”, presente na redação do parágrafo ora analisado, garante ao magistrado a escolha de aplicar ou não a causa de diminuição de pena.

Com o objetivo de analisar o entendimento jurisprudencial do STF e STJ em relação à utilização dos critérios relativos à reincidência, natureza e quantidade de drogas para reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, sob o prisma do *ne bis in idem*, passa-se a uma análise de cada um dos requisitos para a concessão do benefício.

##### 4.1.1 Primariedade

Tendo em vista que o CP não apresenta o conceito de primariedade, mas apenas o de reincidência, a doutrina o interpretou por exclusão. Lima (2019, p. 1.206) diz que o agente primário é aquele que pratica um crime sem que na época deste fato delituoso tenha uma sentença condenatória transitada em julgado relacionada à outra infração penal praticada.

Importa frisar que se o acusado cometeu algum crime anterior, a reincidência deverá ser observada dentro do prazo de cinco anos, contados entre a data do cumprimento ou extinção da pena e da nova infração, conforme artigo 64, inciso I, do Código Penal (GRECO, 2022, p. 632). Caso esse prazo já tenha sido expirado, não será considerado reincidente e sim primário.



Existe o caso dos sujeitos tecnicamente primários em que se verifica que, apesar de possuir uma ou mais condenações definitivas, não praticou os crimes depois da primeira sentença transitada em julgado, sendo, em razão disso, considerado não reincidente. Ou seja, para ser considerado reincidente é necessário que o crime seja cometido depois da primeira condenação, da qual não cabe mais recurso, de acordo com o artigo 64, inciso I, do CP (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 80).

É importante esclarecer que a reincidência não precisa ser necessariamente específica, ou seja, não se exige que a condenação anterior tenha sido por tráfico de drogas. Com isso, qualquer espécie de reincidência será óbice para aplicação da privilegiadora. Segundo Greco (2022, p. 696), reincidente específico é aquele que comete a mesma infração penal. Sendo assim, por exemplo, o agente que cometeu o crime de estupro e posteriormente crime de tráfico de drogas, não será considerado reincidente específico.

#### **4.1.2 Bons antecedentes**

Para tratar de bons antecedentes, não se pode deixar de mencionar a disposição constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso LVII, que estabelece que ninguém poderá ser considerado culpado sem já ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade, de modo que o sujeito somente possuirá maus antecedentes a partir do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O conceito de antecedentes criminais, conforme Greco (2021, p. 162), refere-se ao histórico de condenações transitadas em julgado e que não são considerados para efeitos de reincidência, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Importa frisar que o instituto dos maus antecedentes se distingue da reincidência, pois o legislador não delimitou um limite temporal para condenações anteriores deixarem de ser consideradas como maus antecedentes, como se vislumbra na reincidência. Com isso, mesmo as condenações que já tenham transitado em julgado há mais de cinco anos, podem ser consideradas para maus antecedentes, ainda que não para configurar reincidência (LIMA, 2019, p. 1.206).

#### **4.1.3 Não se dedicar às atividades criminosas**

Nesse requisito, quando o acusado é reincidente ou possui maus antecedentes, pode-se presumir com facilidade que se dedica às atividades criminosas. Por outro lado, quando o agente é primário e possui bons antecedentes, analisar se há dedicação à atividade criminosa exige que outros fatores estejam presentes, como, por exemplo, a quantidade e os diversos tipos de droga que forem encontradas com o acusado (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 82).

É importante citar que, sobre a análise da quantidade de drogas sob posse do agente, Nucci (2021, p. 412) se posiciona no sentido de que não pode ser por si só, impeditivo à aplicação do privilégio. Para o autor, ainda que a quantidade seja elevada, não se pode deduzir que o acusado estaria envolvido em crime organizado ou se dedique à atividade criminosa somente com base nesse critério. Outras circunstâncias deverão ser analisadas conjuntamente.

#### **4.1.4 Não integrar organização criminosa**

O conceito legal de organização criminosa está previsto na Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, no artigo 1º, §1º, e consiste na associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e com tarefas divididas, mesmo que informalmente, para obter vantagem de qualquer natureza, através de infrações penais de pena máxima superior a quatro anos ou que possuam caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Ao sujeito que integra organização criminosa, a lei é clara no sentido de que não poderá ser aplicada a causa de diminuição de pena. Todavia, há entendimento doutrinário divergente referente à concessão ou não da benesse para as chamadas “mulas do tráfico”, isto é, sujeitos que distribuem as drogas em pequenas quantidades, de forma a facilitar a circulação (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 83). Dessa forma, existem duas correntes doutrinárias acerca do assunto.

Masson e Marçal (2019, p. 83-84) explicam que existe uma corrente que defende a possibilidade de as “mulas” serem agraciadas, uma vez que estas figuras do tráfico podem ser utilizadas de forma eventual. Este entendimento é pacífico nos Tribunais Superiores. No que se refere a segunda posição, os autores lecionam que há doutrinadores que não concordam com a aplicação da benesse, pois as “mulas” integrariam organização criminosa, sendo, inclusive, figura indispensável no tráfico internacional.

Essa segunda posição resta enfraquecida com a atual jurisprudência do STF e STJ, que entendem que cada caso concreto deverá ser avaliado segundo suas peculiaridades. As “mulas” do tráfico, a depender da situação, podem ser integrantes de organização criminosa ou estar praticando de forma isolada, de forma não habitual. Nucci (2021, pg. 421) coaduna

com o entendimento das Cortes Superiores, entendendo que no Direito Penal é necessário se basear em fatos e não em presunções. O agente por estar na condição de “mula do tráfico” não induz diretamente participação em organização criminosa.

É importante frisar que para analisar se o agente integra organização criminosa ou não, é necessária uma grande atenção do julgador, visto que o requisito é considerado de difícil constatação em razão do narcotráfico possuir uma hierarquia complexa e bem estruturada. Capez (2021, p. 310) entende que se não for realizada uma análise profunda da questão, corre-se o risco de conceder de forma imerecida o benefício a um traficante de alta periculosidade.

Cumpridos conjuntamente todos os requisitos analisados, o juiz poderá aplicar a causa de diminuição de pena na terceira fase da dosimetria, reduzindo-a de 1/6 a 2/3. Conforme Marcão (2021, p. 95), ao determinar o quantum exato de diminuição, o julgador deverá atentar-se para as especificidades que envolvem o caso concreto, individualizando pena e conferindo, assim, um tratamento mais adequado para aqueles que não são traficantes habituais.

## **5 ENTENDIMENTO DO STF E STJ QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM* DURANTE A DOSIMETRIA DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Após apresentados os requisitos para configuração do tráfico privilegiado que são analisados na terceira fase da dosimetria da pena, observou-se no decorrer da pesquisa que os critérios da reincidência, natureza e quantidade da droga são utilizados em mais de uma fase da aplicação da pena.

A reincidência, segundo Nucci (2021, p. 416) é utilizada para agravar a pena-base assim como também para impedir o benefício do tráfico privilegiado. Nesse cenário, cabe analisar como este critério é aplicado e de que forma não configuraria *bis in idem*, pois de acordo com o princípio, o agente não pode ser punido por um mesmo motivo mais de uma vez.

Quanto à natureza e quantidade de droga, observou-se que são fatores desfavoráveis que podem ser utilizados para elevar a pena-base, para afastar a figura privilegiadora e quando esta é aplicada, para mensurar o quanto essa pena será diminuída (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 86).

Com isso, esta seção tem como objetivo expor uma análise do entendimento do STF e STJ, demonstrando de que forma as Cortes Superiores têm se posicionado em relação à configuração do princípio do *no bis in idem* na aplicação dos mencionados critérios em mais

de uma fase da dosimetria.

Dessa forma, este tópico foi dividido em dois subtópicos, um para análise da utilização simultânea da reincidência em mais de uma fase da dosimetria e se isso configura *bis in idem*, e o outro para análise do entendimento quanto à utilização dos critérios de natureza e quantidade da droga encontrada, em qual fase utilizar e a configuração de *bis in idem*.

Com a finalidade de responder ao problema de pesquisa proposto, realizou-se uma busca no endereço eletrônico “www.jusbrasil.com.br”, com o uso das palavras-chave “tráfico privilegiado”, “reincidência”, “quantidade e natureza” e “bis in idem”, aplicando os filtros (1) tribunais “STJ” e “STF”, e (2) temporal de janeiro de 2021 até abril de 2022, considerando que se busca o entendimento mais atual das Cortes Superiores.

### 5.1 Entendimento do STF e STJ quanto à utilização da reincidência e configuração de *bis in idem*

A reincidência é avaliada na segunda etapa da dosimetria da pena como agravante genérica, conforme artigo 61, inciso I, do CP. No entanto, também poderá afastar a causa especial de diminuição da pena do tráfico de drogas, prevista no § 4º, artigo 33 da Lei n. 11.343 de 2006, pois a reincidência relaciona-se com o critério de primariedade, conforme visto no subtópico que trata deste requisito. O agente que não é primário será considerado reincidente, sendo afastada a concessão do privilégio.

Com essa possibilidade de ser valorada em dois momentos da aplicação da pena, é importante versar sobre a violação ou não do princípio *no bis in idem*. Sobre o assunto, tanto o STF como o STJ possuem entendimento sedimentado de que não configura *bis in idem* a utilização da reincidência em dois momentos distintos da dosimetria, vejamos:

2. O reconhecimento da agravante da reincidência, na segunda etapa da dosimetria, não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado. Não há falar, portanto, em *bis in idem*. (STJ - AgRg no HC 671.329/SP – 6ª Turma, relator Min. Rogerio Schietti Cruz, julgamento em 15.06.2021, publicado no DJe em 23.06.2021).

Observa-se pelo julgado acima que a reincidência cumprirá um papel de dupla função, sendo analisado concomitantemente em duas fases da dosimetria da pena, na

segunda e na terceira fase, de forma a não configurar *bis in idem*. O entendimento se dá pelo motivo do critério resultar em consequências jurídicas distintas, a fim de alcançar melhor individualização da pena. O STF segue o mesmo raciocínio:

A utilização da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I – CP) não impede que seja utilizada na terceira, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º - Lei 11.343/2006). Trata-se de situação processual utilizada com finalidades diversas e com expressas previsões legais. Precedentes. (STF –HC 213031 SP 0115983-89.2022.1.00.0000, relator Roberto Barroso, julgamento em 16.03.2022, publicado no DJe em 21.03.2022).

As duas situações de utilização da reincidência são legalmente previstas, sendo possível ser concomitante, pois há a diversidade de incidência, em um momento é para agravar a pena e posteriormente para afastar a privilegiadora. Na terceira fase trata-se de requisito de primariedade a ser cumprido pelo agente.

Diferente seria no caso, por exemplo, da reincidência ser duplamente valorada para aumentar a pena mais de uma vez como circunstância judicial e em seguida como circunstância agravante, situação em que ensejaria *bis in idem*, conforme entendimento da súmula 241 do STJ.

Vale ressaltar que a justificativa para o uso da dupla aplicação da reincidência no tráfico privilegiado também é usada para afastar a aplicação de outros benefícios penais, como *sursis* processual e aplicação de penas restritivas de direitos. Nucci (2021, p. 416) menciona que uma mesma circunstância não poderá ser valorada mais de uma vez para aumentar a pena, porém poderá ser posteriormente utilizada para afastar a aplicação de algum benefício.

A justificativa da dupla utilização da reincidência de forma simultânea pode ser equiparada no caso do furto, quando o agente que tem a pena elevada por reincidência na segunda fase, posteriormente não gozará do furto privilegiado, onde também há a exigência de primariedade do agente para gozar da benesse.

Diante dessa análise, constata-se que as Cortes Superiores têm se posicionado a favor da utilização da reincidência em duas fases distintas na dosimetria, de forma simultânea, sem considerar *bis in idem* quando utilizada na segunda e terceira fase. Isto porque, compreendem que a reincidência projetaria efeitos além da segunda fase da dosimetria, pois são campos diversos e para finalidades diferentes.

Na terceira fase da dosimetria da pena, a reincidência decorre de estrita observância do não atendimento do requisito de primariedade previsto na Lei n. 11.343, de 23 de agosto

de 2006, enquanto que na segunda fase é circunstância para aumentar a pena do agente, não havendo dupla valoração. Sendo assim, diferencia o agente que faz do tráfico seu meio de vida daquele que eventualmente utilizou-se do tráfico.

Cunha (2019, p. 491) destaca que há doutrinadores, como Paulo Queiroz, que consideram que a reincidência - em uma visão geral no ordenamento jurídico - fere o princípio do *bis in idem*, pois a condenação anterior será novamente utilizada para agravar a aplicação de uma nova pena, punindo mais gravemente um novo crime.

Dessa forma, conclui-se que a reincidência é utilizada concomitantemente em duas fases da dosimetria da pena referente ao tráfico privilegiado, não ensejando em *bis in idem*, entendimento sedimentado pelas Cortes Superiores, pelo motivo de tratar-se de funções diferentes em momentos diferentes da individualização da pena.

## 5.2 Entendimento do STF e STJ quanto à utilização dos critérios de natureza e quantidade da droga e configuração de *bis in idem*

Observa-se pelos julgados das Cortes Superiores que os critérios de natureza e quantidade da droga são utilizados na primeira fase da dosimetria para fixar a pena-base, e na terceira fase para afastar a aplicação do tráfico privilegiado ou modular o *quantum* de diminuição da pena de 1/6 a 2/3.

De acordo com o entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral (tema nº 712), é possível utilizar a quantidade e natureza da droga na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena. Os julgadores, com seu poder de discricionariedade, selecionarão em que fase da dosimetria da pena deverão aplicar os critérios. Estes podem ser utilizados somente em uma fase da dosimetria, de forma não cumulativa, caso contrário, configurará *ne bis in idem* (GONÇALVES; BALTAZAR JR, 2019, p. 107).

O entendimento do STF prevalece o mesmo atualmente, conforme julgado abaixo:

1. Caracteriza *bis in idem* o sopesamento da quantidade de droga na primeira e terceira fases da dosimetria. A matéria é estável nesta Suprema Corte e já fora objeto de Repercussão Geral, via da qual reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que a natureza e a quantidade de droga devem ser levadas em consideração apenas em uma fase da dosimetria da pena, vedada, portanto, aplicação cumulativa na primeira e terceira fases (ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual). (STF - AG.REG. no HC 177766 SP 0032271-12.2019.1.00.0000, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 24.05.2021, publicado em 17.06.2021).

O STJ segue o mesmo entendimento do STF quanto à utilização dos critérios de

natureza e quantidade da droga em apenas uma fase da dosimetria da pena, vejamos:

Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (STJ - HC 705909 SC 2021/0361757-8, relator Min. Jesuíno Rissato - desembargador convocado do TJDFT, publicado no DJe em 07.12.2021).

Observa-se que pelo entendimento das Cortes Superiores, conclui-se que o julgador selecionará em qual fase utilizar: na primeira, para aumentar a pena-base, ou na terceira, para afastar a benesse do tráfico ou caso aplicada, para modular o *quantum* de diminuição da pena, vedada a utilização simultânea.

Importante mencionar de que há julgados mais antigos tanto do STF quanto do STJ que possuíam entendimento contrário ao atual, onde os critérios poderiam ser usados nas duas fases simultaneamente sem configurar *bis in idem*:

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao juiz considerar as circunstâncias supracitadas não só na fixação da pena-base, mas também na terceira fase da dosimetria da pena, na avaliação da possibilidade de aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos (STJ HC 271.897/SP, 5ª Turma, relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11.02.2014, publicado no DJe em em 20.02.2014)

3.A quantidade e a espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente sopesados no dimensionamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Não se trata de bis in idem, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de circunstâncias do crime (STF HC 117024/MS, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 10.09.2013, publicado no DJe em 25.09.2013).

Observa-se que o entendimento antigo das Cortes Superiores era o mesmo que ainda é aplicado no caso da reincidência, o qual já fora explanado no subtópico anterior. Os critérios de natureza e quantidade da droga utilizada em mais de uma fase da dosimetria não era considerado *bis in idem*, pelo motivo de tratar-se de finalidades e momentos distintos.

Lima (2019, p. 1.211) ainda defende o antigo entendimento das Cortes Superiores, referindo-se que no caso específico durante a utilização simultânea das duas circunstâncias ora na fixação do *quantum* de diminuição da pena ora na fixação da pena-base, não deveria configurar *bis in idem*.

O autor justifica seu posicionamento pelo fato de a reincidência ser utilizada em dois

momentos durante a aplicação da pena, e mesmo assim não é considerado dupla valoração, por tratar-se de finalidades distintas. A natureza e quantidade da droga também são usadas para motivos diferentes, sendo na primeira fase para fixar a pena-base e na terceira para modular a *quantum* diminuição da pena, seguindo o mesmo raciocínio da reincidência.

Diante das considerações explanadas, constata-se que não prospera mais o entendimento de que é possível a aplicação dos critérios de quantidade e da espécie de droga apreendida em momentos distintos da dosimetria de forma simultânea. Na verdade, o que tem sustentado as Cortes Superiores é que isso violaria diretamente o princípio do *no bis in idem* (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 86).

Dessa forma, surge para o julgador a liberdade de escolher em qual fase da dosimetria os critérios serão aplicados. De acordo com Nucci (2021, p. 417), é preferível a utilização para mensurar o *quantum* da diminuição da pena, pois considera as circunstâncias judiciais residuais. Porém, Gonçalves e Baltazar Jr (2019, p. 107) consideram que deveriam ser utilizados na primeira fase, pois o artigo 42 da Lei de Drogas é expresso ao mencionar as circunstâncias como preponderantes.

Há julgados anteriores com entendimento de que como se está diante de duas circunstâncias distintas, isto é, (1) quantidade de drogas e (2) natureza da droga apreendida, o julgador poderia as aplicar separadamente, uma em cada fase. Ou seja, não restaria violado o princípio do *no bis in idem* se o magistrado considerasse separadamente os critérios em momentos distintos da dosimetria, visto que não há obrigatoriedade de serem avaliados conjuntamente (STF HC 148.333 AgR/MG, 2ª Turma, relator Min. Dias Tofolli, julgado em 14.08.2018, publicado em 05.09.2018).

No entanto, o STF modulou seu entendimento atualmente de forma que não é possível a análise separada dos critérios de natureza e quantidade da droga, devendo ser analisadas conjuntamente, conforme julgado abaixo:

2. A natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.3. Inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incindível, pois somente quando avaliadas em conjuntos – natureza e quantidade – será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador. 4. Detectada a ocorrência de bis in idem por terem as instâncias anteriores valorado negativamente a quantidade da droga na primeira fase e a sua natureza na terceira fase da dosimetria. (STF - RHC 169343 ES 0074169-08.2017.3.00.0000, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgamento em 8.06.2021, publicado em 28.06.2021).

Sendo assim, o STF considera os critérios como uma circunstância judicial única, de



forma a considerar *bis in idem* caso sejam valorados separadamente, cada um em uma fase distinta da dosimetria da pena.

Em outra situação diferenciada, o STF e STJ possuem entendimento no sentido de que existe a possibilidade de utilizar concomitantemente o critério da quantidade da droga tanto na primeira fase da dosimetria, quanto na terceira fase sem caracterizar *bis in idem*. No entanto, a grande quantidade de drogas, segundo Masson e Marçal (2019, p. 82), não poderá por si só, afastar a causa de diminuição de pena.

Para isso, na terceira fase, a quantidade de drogas é utilizada para demonstrar que o agente se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa. Nesse caso, não pode ser usada isoladamente, devendo ser observada em conjunto com outras circunstâncias no caso concreto, conforme julgado abaixo:

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, foi negada na origem em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual – forma de acondicionamento do entorpecente, apreensão de dinheiro resultado do comércio espúrio de drogas, profundo envolvimento do paciente com o tráfico que era o seu meio de vida, além da quantidade de droga (618,97g de cocaína, distribuídos em 1.030 porções individuais) -, restando evidenciado que o paciente se dedica à atividade criminosa. No caso, não ocorre *bis in idem* na dosimetria, porquanto a quantidade de entorpecente apreendido foi utilizada apenas de maneira supletiva aos outros elementos que evidenciam a dedicação ao tráfico de drogas. (STJ - AgRg no HC 699415 SP 2021/0325362-0, 5ª Turma, relator Min. Joel Ilan Paciornik, julgamento em 22.03.2022, publicado no DJe em 24.03.2022).

Sendo assim, conclui-se que a quantidade e natureza da droga foram usadas conjuntamente com outras circunstâncias para afastar a causa de diminuição da pena do tráfico de drogas. Dessa forma não configura *bis in idem*, pois na terceira fase estão sendo utilizados para comprovar dedicação do agente às atividades criminosas, de maneira supletiva.

1.No caso em apreço, as instâncias ordinárias aumentaram a pena-base e afastaram a minorante (art. 33, §4º, da Lei de Drogas) com base na quantidade e natureza dos entorpecentes, sem apontar outros elementos concretos que revelassem a dedicação do réu à atividade criminosa. 2.Revelada situação de manifesto constrangimento ilegal em razão do inadmissível *bis in idem*, foi concedida a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça local realizasse nova dosimetria da pena, considerando a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e após procedesse à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento da reprimenda e eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (STJ - AgRg no HC 632865 SP 2020/0332325-3, 6ª Turma, relator Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgamento em 13.04.2021, publicado no DJe em 20.04.2021).

Observa-se no julgado acima que foi configurado *bis in idem*, pois os julgadores das instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias de natureza e quantidade da droga na terceira fase sem apontar outras circunstâncias para comprovar participação do agente nas

atividades criminosas. Dessa forma, é considerado constrangimento ilegal, pois está ocorrendo dupla valoração das circunstâncias.

2. Nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente se opera o *bis in idem* quando o juízo sentenciante considera a natureza e a quantidade da droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, o que não é o caso. 3. Na espécie, o Tribunal de Justiça assentou a inaplicabilidade de causa de redução versada no §4º, do art. 33, da Lei de drogas, levando em conta a natureza e a quantidade da droga apreendida (3.127,4 g de cocaína), além de outras circunstâncias (ausência de vínculo empregatício, tentativa de levar a droga para outro estado da Federação, existência de circunstâncias que demonstrariam poder e prestígio no mundo criminoso) (STF - AG.REG. no HC 203573 SP 0056247-77.2021.1.00.0000, 1ª Turma, relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 27.09.2021, publicado em 18.11.2021).

Conforme julgado acima, em pacífica jurisprudência, o STF segue o mesmo entendimento do STJ, de forma a considerar a utilização da natureza e quantidade da droga para afastar a causa especial de diminuição da pena quando utilizada conjuntamente para demonstrar que o agente é ativo no mundo criminoso.

Porém, mesmo com o entendimento atual tanto do STF e STJ pela discricionariedade de usar os critérios na primeira ou terceira fase da dosimetria, durante a pesquisa realizada foram encontrados julgados do STJ, onde uniformiza o entendimento de que os critérios de natureza e quantidade da droga deverão ser necessariamente utilizados na primeira fase da dosimetria da pena, pois o artigo 42 da Lei de Drogas não dá margem para discricionariedade, vejamos:

“8. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 9. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores “natureza e quantidade de drogas apreendidas” para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 10. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa (STJ – AgRg no HC 655034/MG, 5ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22.02.2022, publicado em 24.02.2022; seguindo mesmo entendimento: STJ - AgRg no HC 580641/SP, 5ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, julgado em 05.10.2021, publicado em 08.10.2021).

A Terceira Seção foi provocada com o intuito de resolver as divergências de entendimento entre as Turmas Criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos critérios de natureza e quantidade da droga em diferentes fases da dosimetria.

Com isso, os julgadores deverão observar os seguintes entendimentos: que a quantidade e natureza da droga deverão necessariamente ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pois o artigo 42 da Lei n. 11.343 de 2006 explicita que são fatores preponderantes; que tais critérios não podem ser utilizados concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria; e que podem ser usadas supletivamente na terceira fase apenas quando for correlacionado com outras circunstâncias que aferem a participação do agente às atividades criminosas ou integre organizações criminosas.

No entanto, no decorrer do presente trabalho, verificou-se ainda a prevalência de entendimento divergente quanto à discricionariedade dos julgadores em utilizar os critérios na primeira fase ou na terceira fase, tanto do STF quanto do STJ, vejamos:

IV – Assim, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga, no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (STJ – AgRg no HC 716715 SP 2022/0000694-0, 5ª Turma, relator Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDFT, julgado em 29.03.2022, publicado no DJe em 04.04.2022).

O julgado acima demonstra que ainda se aplica as circunstâncias na terceira fase, tanto para afastar a causa especial de diminuição da pena, quanto para modular a fração de diminuição, de maneira discricionária pelos julgadores, não sendo necessariamente utilizado na primeira etapa e sim, alternativamente. Há julgados do STF com o mesmo entendimento:

1 Esta Corte, no julgamento dos HCs 112.776 e 109.193, Rel. Min Teori Zavascki, por maioria de votos, entendeu que configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto ilícito 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). (STF – AgRg no HC 211155 SP 0112618-27.2022.1.00.0000, 1ª Turma, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 4.04.2022, publicado em 20.04.2022).

Sendo assim, verifica-se a complexidade do entendimento para utilização dos critérios de natureza e quantidade de droga, em especial quando se reflete sobre a definição da fase da dosimetria da pena em que deverá ser avaliada. Diante disso, resta avaliar se essa complexidade não pode gerar um desgaste e inúmeros Habeas Corpus a serem impetrados com entendimentos diversos diante desta constante modulação vista até o presente momento.

Além disso, há o risco de sujeitar aqueles que possuem direito de receber as benesses do tráfico privilegiado a interpretações divergentes, acarretando insegurança jurídica. Dessa

forma, diante da ausência de previsão legal quanto aos critérios a serem utilizados para modulação do *quantum* de diminuição da pena, pesquisas deverão ser realizadas para avaliar os posicionamentos mais atuais das Cortes Superiores, para atualização do entendimento jurisprudencial quanto à natureza e quantidade da droga e configuração de *bis in idem*.

## 5 CONCLUSÃO

No presente estudo, tratou-se da análise jurisprudencial do STF e STJ quanto ao princípio ne bis in idem, nas fases da dosimetria da pena, durante a análise da aplicação do tráfico privilegiado durante o marco temporal de 01.01.2021 até 30.04.2022. Em especial, a questão da reincidência e dos critérios de natureza e quantidade da droga apreendidas.

Quanto à reincidência, constatou-se que as Cortes Superiores possuem entendimento no sentido de que não configura bis in idem a utilização do critério em dois momentos distintos da dosimetria, na segunda e terceira fase. O fundamento é de que é usado um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, para se alcançar uma justa e correta reprimenda.

Quanto aos critérios de natureza e quantidade da droga, observou-se uma modulação de entendimento pelas Cortes Superiores até o presente momento, de forma a tentar uniformizar o entendimento visto a ausência legislativa de critérios e parâmetros para fixação do quantum de diminuição da pena do tráfico. Observou-se que tais critérios são utilizados tanto na primeira fase da dosimetria da pena, para fixação da pena-base, quanto na terceira fase da dosimetria, para afastar a benesse ou para modular o quantum de diminuição da pena.

Há entendimento atual do STF que considera atualmente tais critérios como uma circunstância judicial única, não podendo ser utilizados separadamente, cada um em uma fase diferente. Caso isso aconteça, será considerado bis in idem.

STF e STJ entendem que cabe aos juízes, com seu poder de discricionariedade, utilizarem os critérios de natureza e quantidade da droga em somente uma fase da dosimetria, de forma a não configurar bis in idem. Assim, caso sejam utilizados para fixar a pena-base, não poderão ser usados posteriormente para afastar a privilegiadora ou modular a fração de diminuição da pena.

Porém, há uma situação especial em que é possível a utilização dos critérios mencionados em mais de uma fase. Sendo assim, caso já tenha sido utilizada na primeira fase só poderá ser usada na terceira fase como indicativo de que o agente estaria se dedicando às atividades ou organizações criminosas.

Desta forma não configurará bis in idem, pois a quantidade e natureza da droga estão sendo usados como indicativos de sua atividade no mundo criminoso, não sendo usados isoladamente, como quando utilizados para modular o quantum de diminuição da pena.

No entanto, em relação ao posicionamento das Cortes Superiores sobre a discricionariedade de escolher em qual fase usar os critérios, verificou que em julgados recentes (2021-2022), o STJ compreendeu que a natureza e quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, com base no artigo. 42 da Lei de Drogas, visto que não dá margem para tal discricionariedade.

Por fim, concluiu-se que a jurisprudência das Cortes Superiores, relacionada com aplicação dos critérios mencionados na dosimetria da pena do tráfico, ainda não garante de forma satisfatória segurança jurídica. Com isso, compreende-se que se torna fundamental uma previsão legal mais explícita sobre em qual fase utilizar os critérios, de modo a se atingir alguma homogeneidade nos julgamentos.

Não se pode perder de vista que julgamentos criminais estão diretamente ligados ao direito constitucional à liberdade dos indivíduos. Com isso, analisando a problemática em tela, impõe-se a reflexão sobre como essas decisões divergentes podem sujeitar os agentes, que, em tese, possuem o direito de receber os benefícios do tráfico privilegiado, a julgamentos injustos relacionados à restrição da sua liberdade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em:

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 16 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555595864. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595864/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 7. Ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação especial esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 15 ed. Barueri – SP. Grupo GEN, Atlas, 2021. 9786559770700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770700/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1**. 24. ed. Barueri-SP, Atlas, Grupo GEN, 2022. 9786559771493. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 14 mai. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único – 7. ed.** Salvador: Juspodivm, 2019.

MARCÃO, Renato. **Lei de drogas: Comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – crimes, investigação e procedimento em juízo** / Renato Marcão. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. 5. ed. Rio de Janeiro, ed. Forense, Grupo GEN, 2021. 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>. Acesso em: 13 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Vol. 1**. 14 ed. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2021.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem. História, Teoria e Perspectivas**. Ed. Lumen juris, Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6º Turma). **AgRg no HC 671.329 SP 2021/0171516-1**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 15.06.2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248778626/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-671329-sp-2021-0171516-1/inteiro-teor-1248778649>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 705909 SC 2021/0361757-8**. Relator: Min. Jesuino Rissato - desembargador convocado do TJDF, publicado em 07.12.2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1336083149/habeas-corpus-hc-705909-sc-2021-0361757-8/decisao-monocratica-1336083167>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5º Turma). **HC 271.897 SP 2013/0184898-0**.

Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11.02.2014. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24927476/habeas-corpus-hc-271897-sp-2013-0184898-0-stj/inteiro-teor-24927477>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **HC 97256 RS**. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 01 de setembro de 2010. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731803/habeas-corpus-hc-97256-rs-rio-grande-do-sul-0008076-0320080010000>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 213031 SP**. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 16 de março de 2022. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1491099703/habeas-corpus-hc-213031-sp-0115983-8920221000000/inteiro-teor-1491099749>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **AG.REG NO HC 148.333 MG**. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 14 de agosto de 2018. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768162476/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-148333-mg-minas-gerais-0011024-4320171000000/inteiro-teor-768162482>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1º Turma). **AG.REG. NO HC 177766 SP**. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 24 de maio de 2021. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1233588838/agreg-no-habeas-corpus-hc-177766-sp-0032271-1220191000000/inteiro-teor-1233588841>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 117024 MS**. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 10 de setembro de 2013. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24185851/habeas-corpus-hc-117024-ms-stf/inteiro-teor-111906758>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **RHC NO HC 169343 ES**. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 08 de junho de 2021. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238232251/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-169343-es-0074169-0820173000000>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. NO HC 699415 SP 2021/0325362-0**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22 de março de 2022. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1481360317/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-699415-sp-2021-0325362-0/inteiro-teor-1481360346>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AG.REG. NO HC 632865 SP 2020/0332325-3**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 13 de abril de 2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205775759/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-632865-sp-2020-0332325-3>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **AG.REG. no HC 203573 SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 27 de setembro de 2021. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1318429737/agreg-no-habeas-corpus-hc-203573->

sp-0056247-7720211000000. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. no HC 655034 MG 2021/0089213-0**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22 de fevereiro de 2022. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1392928609/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-655034-mg-2021-0089213-0/inteiro-teor-1392928626>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. no HC 580641 SP 2020/0111115-5**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 05 de outubro de 2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1295630200/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-580641-sp-2020-0111115-5/inteiro-teor-1295630215>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. NO HC 716715 SP 2022/0000694-0**. Relator: Min. Jesuíno Rissato - desembargador convocado do TJDF, julgado em 29 de março de 2022, Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1450620469/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-716715-sp-2022-0000694-0>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **AG.REG. NO HC 211155 SP 0112618-27.2022.1.00.0000**. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 04 de abril de 2022, Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1487039051/agreg-no-habeas-corpor-hc-211155-sp-0112618-2720221000000>. Acesso em 17 mai. 2022.