

## Questão Discursiva 03983

No caso de o julgador utilizar para fixação da pena base em condenação pelo crime do art. 33 da Lei n 11343/2006, a quantidade e natureza do(s) entorpecente(s) apreendido(s), poderá, também, considerar tais aspectos ou fatores para, se for o caso e as condições do agente criminoso o permitirem, valorar o grau de redução da pena nos termos do parágrafo 4º do referido dispositivo legal?

### Resposta #006604

Por: **Matheus Luis de oliveira tomas** 23 de Abril de 2021 às 15:14

Inicialmente, a natureza e a quantidade da droga são avaliados para a dosimetria da pena conforme o artigo 42 da lei 11.343/06. Além deles, o juiz observa com preponderância o artigo 59 do código penal: A conduta social e a personalidade do agente. Ademais, há uma divergência quanto ao tema especificamente entre STJ e STF. Contudo, até o presente momento, há prevalência pela possibilidade de aplicação.

### Resposta #007019

Por: **Viviane Salviano Fialho** 2 de Maio de 2022 às 10:28

Dispõe o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre as circunstâncias do art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou produto. Não obstante, a utilização desse critério na 1ª fase da dosimetria não é obrigatório, podendo o juiz optar por utilizá-lo para modular a fração de redução da pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, na 3ª fase da dosimetria. Ocorre que a utilização desses critérios nas duas fases não é admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que adotam o entendimento de que configuraria *bis in idem*. Nesse sentido:

A natureza e a quantidade da droga NÃO podem ser utilizadas para aumentar a pena-base do réu (1ª fase da dosimetria e também para conceder ao réu uma menor redução de pena na aplicação do benefício do art. 33, § 4º (3ª fase de dosimetria). Haveria, nesse caso, *bis in idem*.

Assim, a natureza e a quantidade do entorpecente não podem ser utilizadas na 1ª fase da dosimetria, para a fixação da pena-base e na 3ª fase, para a definição do patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em um sexto (menor percentual).

A valoração da natureza e da quantidade da droga deverá ser realizada na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, vedada a aplicação conjunta sob pena de *bis in idem*.

STF. Plenário. HC 112776/MS e HC 109193/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgados em 19/12/2013 (Info 733).

STF. 2ª Turma. RHC 122684/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 16/9/2014 (Info 759).

As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena, sob pena de *bis in idem*.

STF. Plenário. ARE 666334 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/04/2014 (repercussão geral).

Observe-se, contudo, que é possível separar os critérios de quantidade e natureza da droga, fazendo-os incidir sobre cada uma das fases:

Não configura *bis in idem* a menção à QUANTIDADE da droga para exasperar a pena-base (no caso, 19 kg e à sua NATUREZA (maconha) para justificar a escolha da fração de diminuição da reprimenda na terceira etapa da dosimetria.

Em outras palavras é possível "separar": quantidade para uma fase e natureza para a outra.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 442.748/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 07/08/2018.

Destarte, deve o juiz optar por utilizar a quantidade e a natureza dos entorpecentes em somente uma das fases da dosimetria ou separá-las para aplicar o critério na 1ª e na 3ª fase, sem que isso configure *bis in idem*.