

## Questão Discursiva 00727

No caso de o julgador utilizar para fixação da pena base em condenação pelo crime do art. 33 da Lei nº 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 #000879

Por: **SANCHITOS** 21 de Março de 2016 às 08:09

Até pouco tempo atrás, o STJ era firme em admitir a utilização das mesmas circunstâncias (quantidade e natureza da droga) na fixação da pena base e na valoração do "quantum" da minorante do §4º, art. 33, 11343/06. Entendia que não se tratava da violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. No STF havia divergência.

Contudo, pacificando o entendimento, o pleno do STF apreciou a matéria e considerou violação ao princípio do *ne bis in idem* tal proceder. Contudo, nada obsta que seja valorada a quantidade da droga na primeira fase de dosimetria e a natureza dela (droga) na aferição do quantum da minorante do §4º.

### Correção #000627

Por: **Guilherme** 15 de Abril de 2016 às 14:22

É isso mesmo, Rodrigo. Acho até que já tivemos a oportunidade de conversar sobre isso, então não vou me alongar nessa questão. Eu apenas sugeriria uma coisa: que você tentasse, mesmo com o conhecimento da posição dos Tribunais, fundamentar a posição adotada. Acho que é um exercício bem legal, apesar de saber da dificuldade de se fazer isso em poucas linhas, como se costuma exigir no TJRJ. De todo modo, vai aí meu 10, rs...

### Resposta #000651

Por: **Thaiane Maria** 3 de Março de 2016 às 18:25

O juiz pode considerar a quantidade e a natureza da droga apreendida tanto na fixação da pena base quanto na análise de redução decorrente do art. 33, §4º da lei 11.343/06. Isso porque a jurisprudência do STJ já sedimentou que os critérios são utilizados em momentos distintos e para efeitos distintos, não implicando *bis in idem*. É importante ressaltar que a natureza e a quantidade deve ser levada em consideração na fixação da pena base sobretudo por força do art. 42 da citada lei. Já para fins de minorar a pena do tráfico privilegiado a natureza e a quantidade da droga serve de parâmetro para o julgador na escolha do *quantum* redutor.

Respondida sem precisão. Já li a respeito, mas não estou lembrando.

### Correção #000530

Por: **SANCHITOS** 21 de Março de 2016 às 07:51

Oi Thaiane, pessoalmente também concordo com sua posição, inclusive esse era mesmo o entendimento do STJ, chegando a ser aceito no STF pela Rosa Weber.

Contudo, nosso amigo Guilherme (aqui do Justutor) lembrou que devido a divergência, o pleno do STF analisou a matéria e pacificou no sentido de caracterizar *bis in idem* a valoração das mesmas causas, ainda que em momentos distintos. O STJ acabou cedendo ao entendimento do STF. Segue as ementas dos julgados:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I E III, AMBOS DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (5.310g DE CRACK). CIRCUNSTÂNCIAS UTILIZADAS PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO PLENO DO STF. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes não podem ser utilizadas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena de forma cumulativa. Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MG, Pleno, julgamento realizado em 19/12/2013. 2. O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de *bis in idem*. (...)

(STF - HC: 121853 PR, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

**STJ:**

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Esta colenda Sexta Turma, seguindo a jurisprudência do STF, possui o entendimento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa, sob pena de ofensa ao princípio do non bis in idem. 2. Uma vez que a Corte estadual já valorou a natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder do recorrido para fins de exasperação da pena-base, tais elementos não poderiam, novamente, ser sopesados na terceira fase da dosimetria para fins de evidenciar que o acusado se dedica a atividades criminosas, sob pena de incorrer no inadmissível bis in idem. Ressalva pessoal do Relator.

(STJ - REsp: 1509827 BA 2015/0015943-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 21/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2015)

## Resposta #001672

Por: MAF 27 de Junho de 2016 às 11:36

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o artigo 42 da Lei 11343/06 determina que o magistrado leve em conta a natureza e a quantidade da substância para os fins de fixar a pena-base, sendo certo que pode utilizar as mesmas circunstâncias para afastar a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º sem que fique configurado *bis in idem*, uma vez que é possível que caracterizada a dedicação do agente às atividades criminosas.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, firmou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa, sob pena de caracterização de *bis in idem*.

## Resposta #003455

Por: Jack Bauer 12 de Novembro de 2017 às 17:27

Poderá sim considerar tais fatores, pois, apesar de serem os mesmos critérios, são duas questões distintas.

Nos termos do Art. 42 da Lei de Drogas, na fixação das penas, o juiz considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Ou seja, a quantidade e natureza da substância apreendida prevalecem sobre os critérios comuns do art. 59 do CP.

De outro lado, no caso do art. 33, §4º (tráfico privilegiado), esses critérios servirão para fim completamente distinto, qual seja, a análise da possibilidade de aplicação do redutor legal. Assim, se for apreendido uma variedade e quantidade imensas de drogas, é um forte indício de que o agente integra uma organização criminosa, impedindo a aplicação do tráfico privilegiado.

## Resposta #005712

Por: Chuck Norris 23 de Agosto de 2019 às 22:17

O entendimento do STJ é de que o juiz não poderá utilizar a quantidade e a natureza da droga para determinar a pena base e para calcular a quantidade de diminuição da pena pela aplicação do §4º do Art. 33 da Lei 11.343/06. Entretanto, poderá o juiz utilizar a quantidade e a natureza da droga para determinar a pena base e para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º do Art. 33 da Lei 11.343/06, sem que isso configure "bis in idem".