

## Direito Penal

### 31.9 A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA PODEM SER UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NO ART. 42 E TAMBÉM PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO?

A natureza e a quantidade da droga **NÃO** podem ser utilizadas para aumentar a pena-base do réu e também para afastar o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º) ou para, reconhecendo-se o direito ao benefício, conceder ao réu uma menor redução de pena. Haveria, nesse caso, *bis in idem*.

STF. 1ª Turma. HC 122344, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 02/09/2014.

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

STJ. 6ª Turma. HC 294.636/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 16/09/2014.

#### *Imagine a seguinte situação adaptada:*

João foi condenado pela prática de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006) por ter sido flagrado transportando cerca de 5kg de cocaína.

Na primeira fase da dosimetria da pena (circunstâncias judiciais do art. 59 do CP), o juiz aumentou a pena, alegando que as circunstâncias do crime eram desfavoráveis, já que o réu foi preso transportando uma grande quantidade de droga que, pela sua natureza (cocaína), apresenta alto grau de periculosidade.

#### *O juiz poderia ter feito isso?*

SIM. A natureza e quantidade da droga são fatores preponderantes no momento da dosimetria da pena, conforme previsto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006:

§

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

*A defesa havia pedido que fosse reconhecido o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006:*

§

Art. 33 (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

*O juiz pode negar o benefício do § 4º do art. 33 ou, então, reconhecer o benefício, mas reduzir a pena no mínimo previsto (1/6) utilizando como argumento o fato de que o réu foi preso com uma grande quantidade de droga mesmo já tendo utilizado essa mesma alegação para aumentar a pena base?*

NÃO. Em nosso exemplo, a “quantidade de droga” já havia sido utilizada pelo juiz para agravar a pena na 1ª fase da dosimetria da pena. Assim, se essa circunstância for novamente considerada agora na 3ª fase (análise da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da LD) haverá aí um *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição por conta de um mesmo fato (quantidade da droga).

Dessa forma, a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas para aumentar a pena no art. 42 (1ª fase da dosimetria) e também para afastar o benefício do tráfico privilegiado ou para escolher a fração de diminuição do § 4º do art. 33 da LD (3ª fase da dosimetria).

O juiz deverá escolher: ou utiliza essa circunstância para aumentar a pena base ou para valorar a causa de diminuição do traficante privilegiado. Se o mesmo fato for utilizado nas duas fases, haverá *bis in idem*.

Após alguma divergência, a posição acima explicada é o entendimento atual tanto do STF como do STJ:



(...) O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. (...)

STF. 1ª Turma. HC 122344, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 02/09/2014.

(...) Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem. (...)

STJ. 6ª Turma. HC 294.636/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, julgado em 16/09/2014.

*Cuidado para não confundir. O juiz poderia ter aumentado a pena base utilizando como argumento o fato de que o entorpecente encontrado com o réu era especialmente nocivo (natureza da droga. Ex: crack) e, depois, negar o benefício do § 4º do art. 33 da LD alegando que a quantidade da droga encontrada era muito grande (ex: 5kg)?*

SIM. Isso porque nesse caso ele estaria considerando a natureza da droga na 1ª fase e a quantidade da droga na 3ª etapa. Desse modo, não haveria *bis in idem* porque teriam sido utilizados "fatos" ("circunstâncias") diferentes. Existe um precedente do STJ nesse sentido:



(...) Não configura bis in idem a valoração na pena-base da natureza da droga (cocaína) e, na dosimetria da minorante, da quantidade da droga. (...)

STJ. 6ª Turma. HC 295.505/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/09/2014.

*Vejamos aqui alguns exemplos concretos para verificar se você entendeu o tema:*

*Exemplo 1:*

Na 1ª fase da dosimetria, o juiz assim argumentou: “aumento a pena base para 6 anos de reclusão em virtude de ter sido encontrado com o réu uma grande quantidade de droga (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).”

Nessa mesma sentença, na 3ª fase da dosimetria, o magistrado afirmou: “reputo que o condenado não tem direito ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 considerando que a grande quantidade de droga com ele encontrada indica que se trata de réu que integra organização criminosa.”

Essa sentença possui um vício, pois utilizou a “quantidade de droga” tanto na 1ª como na 3ª fase da dosimetria da pena, incorrendo em *bis in idem*.

*Exemplo 2:*

Na 1ª fase da dosimetria, o juiz assim argumentou: “aumento a pena base para 6 anos de reclusão em virtude de ter sido encontrado com o réu uma grande quantidade de droga (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).”

Nessa mesma sentença, na 3ª fase da dosimetria, o magistrado afirmou: “reputo que o condenado tem direito ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, considerando que se trata de réu primário que preenche os requisitos legais, não havendo indícios de que se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. No entanto, considerando a grande quantidade de droga encontrada em seu poder, reduzo a pena na fração de apenas 1/6.”

A sentença possui o mesmo vício, havendo aí *bis in idem*.

*Exemplo 3:*

Na 1ª fase da dosimetria, o juiz assim argumentou: “aumento a pena base para 6 anos de reclusão em virtude de a droga empregada no tráfico ser a cocaína, entorpecente conhecido por seu alto poder de gerar dependência nos usuários (maior toxicidade se comparada com outras drogas), devendo essa circunstância ser considerada desfavorável, conforme autoriza o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.”

Nessa mesma sentença, na 3ª fase da dosimetria, o magistrado afirmou: "reputo que o condenado tem direito ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, considerando que se trata de réu primário que preenche os requisitos legais, não havendo indícios de que se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. No entanto, considerando a grande quantidade de droga encontrada em seu poder, reduzo a pena na fração de apenas 1/6."

A sentença, nesse caso, não possui nenhuma mácula tendo em vista que na 1ª fase foi utilizada a natureza da droga como circunstância negativa e na 3ª etapa o magistrado valeu-se da quantidade do entorpecente para valorar negativamente a situação do réu.