

DR. MOACIR ROGÉRIO TORTATO
Módulo 3

Modulo 3 - Quantidade e qualidade da droga para a fixação da pena-base e reconhecimento/afastamento do tráfico privilegiado; critérios para reconhecimento/afastamento do tráfico privilegiado.

Princípio constitucional – art. 5º, XLVII da CF

Tanto a Lei de Drogas como os tribunais dão especial ênfase à quantidade e à natureza da droga no crime em questão, já que tais fatores indicam diretamente a grandeza do crime de tráfico praticado.

Na legislação –

Art. 28 da Lei 11.343/2006

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

.....

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à **natureza e à quantidade da substância apreendida**, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Art. 33 da Lei 11.343/2006

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

.....

§ 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.

Art. 40 da Lei 11.343/2006.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - **a natureza**, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Art. 42 da Lei 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 quantidade e a natureza da droga –

Questão controvertida – embora a Lei mencione muitas vezes esses elementos, não delimita o que é grande quantidade ou natureza mais deletéria da droga e também não fornece parâmetros para tanto.

Isso torna ainda mais tormentoso criar um padrão ou um sistema justo de avaliação dessas características.

Cada juiz acaba formando seu próprio critério-

Juiz A – por suas experiências pessoais, formação e convicções, pode ter um critério mais elástico ou brando com relação à matéria.

Juiz B – pelos mesmos elementos, poderá ter um critério muito rígido.

Atuando em pequenas comarcas do interior, em que a droga que transita é para o consumo local, normalmente em pequenas quantidades, o juiz adota critério mais rígido de avaliação para tal vetorial.

Atuando em Comarcas maiores, ou de regiões mais sensíveis, o juiz e sua equipe se depara com o grande tráfico, o que propicia uma atualização desses critérios. Julgando antes tráfico na casa do quilo, e entendendo que isso fosse quantidade bastante significativa, passa a ver tráfico de dezenas, centenas ou até milhares de quilos, o que o obriga a rever conceitos.

A quantidade e a natureza da droga talvez seja o que traga maior influência em um processo por tráfico, estando sujeitos a ela:

1 - A concessão de liberdade provisória –

ENUNCIADO 25 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 101532/2015

Disponibilizado no DJE Edição nº 9998, de 11/04/2017, publicado em 12/04/2017.

A expressiva quantidade e/ou variedade de drogas ensejam garantia da ordem pública para decretação ou manutenção de prisão preventiva.

Neste caso caberia - **A**cordo de **N**ão **P**ersecução **P**enal – art. 28 a do CPP

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

.....

*§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.*

Quando da homologação do flagrante, se o juiz utilizar fundamentos como, quantidade reduzida de droga, primariedade e outros elementos que possam, em tese, ao final de eventual ação penal, levar à incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, já poderia abrir vistas ao MP para se manifestar sobre a possibilidade de proposição de ANPP.

2 - A tipificação do porte para consumo pessoal –

Art. 28, § 2º

3 - A tipificação do tráfico –

Art. 28, § 2º

4 - O recrudescimento da pena base -

Art. 42 da Lei 11.343/2006

5 - A incidência do privilégio (nimirante) – § 4º do art. 33

ENUNCIADO 30 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 101532/2015

Disponibilizado no DJE Edição nº 9998, de 11/04/2017, publicado em 12/04/2017.

A quantidade, a forma de acondicionamento da droga apreendida, como também a existência de apetrechos utilizados para comercialização de substância entorpecentes, são fundamentos idôneos a evidenciar dedicação à atividade criminosa, de modo a afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (Redação alterada pelo Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 100269/2017, disponibilizado no DJE nº 10257, em 16/05/2018).

6 - O montante da incidência do privilégio – 1/6 a 2/3

7 - A fixação de regime inicial mais severo.

Art. 59, III c.c art. 33, § 3º do Código Penal e art. 42 da LD.

ENUNCIADO 47 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 101532/2015

Disponibilizado no DJE Edição nº 9998, de 11/04/2017, publicado em 12/04/2017.

A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente constitui fundamento idôneo para a determinação de regime mais gravoso para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

A FIXAÇÃO DA PENA –

Extremo cuidado para não ferir o princípio no “ne bis in idem” –

ENUNCIADO 48 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 101532/2015

Disponibilizado no DJE Edição nº 9998, de 11/04/2017, publicado em 12/04/2017.

As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas só podem ser usadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria de forma não cumulativa, sob pena de indevido bis in idem.

São 3 os estágios da fixação da pena –

O 1º estágio é composto das três fases para se encontrar o montante da reprimenda corporal.

O 2º estágio é a fixação do regime inicial de cumprimento –

O 3º estágio é a verificação da possibilidade de substituição da pena ou concessão de sursis.

Julgado acerca da fixação da pena –

STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 118.008 SÃO PAULO RELATORA : MIN. ROSA WEBER.

*1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de **eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias**, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.*

Primeiro estágio da fixação da pena -

Como reza o art. 68 e seu parágrafo único do Código Penal, o primeiro nível, ou estágio, de fixação da pena é trifásico e o seu montante deve ser fixado na seguinte ordem:

- 1) a partir do art. 59 do CP (combinado com o art. 42 da lei de drogas – nesses crimes),
- 2) passando-se depois às atenuantes e agravantes (art. 61/66) e,
- 3) após, às causas de diminuição e aumento especiais e gerais.

Apesar disso, a construção da pena se dá de inversamente. As circunstâncias judiciais a serem reconhecidas na primeira fase da fixação da pena base (art. 59 do CP) são **as residuais**, ou seja, aquelas não utilizáveis nas fases seguintes.

Então o juiz já deve ter em mente as fases seguintes da aplicação da pena e tudo o que irá aplicar naquelas fases, devendo excluir das fases anteriores aquilo que resguardar para reconhecer nas fases posteriores.

Por exemplo, a reincidência X maus antecedentes

Sabe-se que reincidência é um antecedente criminal qualificado. Então, se na fixação da pena o magistrado constatar que o réu ali condenado ostenta reincidência, não deve considerá-la na primeira fase da fixação da pena base, mas somente na segunda fase, como agravante, nos termos do art. 61, I do CP.

Entretanto, se duas forem as condenações anteriores, capazes de gerar a reincidência, está o juiz autorizado a utilizar uma delas em cada fase, tomando o cuidado de se utilizar da mais grave, ou a que gere reincidência específica, na segunda fase, das agravantes.

Outro exemplo de pluralidade de valoração da mesma situação.

1ª fase - Artigo 59 – valorar negativamente a personalidade pela covardia por dirigir sua agressão contra menor.

2ª fase – art. 61, II, h – valorar novamente para agravar a pena.

3ª fase – causa de aumento – art. 121, § 7º, II.

Por certo, a mesma situação não pode ser duplamente ou triplamente valorada, sob pena de violação do princípio do “ne bis in idem”.

1ª FASE DA DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS –

Artigo 59 do CP cumulado com o art. 42 da Lei 11.343/2006

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS : HC 266731 MT 2013/0077182-0 -

1/8 - para cada vetorial desabonadora dentre as circunstâncias judiciais. Em crimes diversos.

1/8 sobre a diferença entre o mínimo e o máximo.

0 _____ **P.min.** culp / ant / cs / pers / mot / cir / cons / cv **P.máx.**

NO TRÁFICO –

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.

Normais – culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima

Preponderantes - **natureza** e a **quantidade** da substância ou do produto, a **personalidade** e a **conduta social** do agente.

0 _____ **5 nat / quant / pers / cs /culp/ant/mot/cir/cons/cv15**

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada fator desfavorável, exceto quando houver fundamentação concreta que justifique o aumento em patamar superior, o que não ocorre no caso destes autos. (AgRg no AREsp 484057/SP. Ministro Relator: Jorge Mussi).

(STJ AgRg no REsp 1788757/RO Relator Joel Paciornik).

Fala em elevação em 1/6 para cada vetorial.

1/6 de 5 anos são 10 meses para cada uma das 10 vetoriais, o que poderia elevar a reprimenda ao máximo de 13 anos e 3 meses.

- 1/5 – de 5 anos são 12 meses, ou seja, um anos para cada uma das 10 vetoriais, o que tem o potencial para chegar ao máximo de 15 anos.

Claro que a quantidade e natureza da droga podem variar muito e a fixação da pena não deve ser um simples cálculo aritmético. Há de prevalecer a sensibilidade do julgador.

QUANTIDADE E NATUREZA - preponderantes

Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS : HC 204619 SP 2011/0089838-8.....

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação das penas-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida - 100 (cem) kg de cocaína -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. (Acima de 100kg de cocaína – dobra já na primeira fase)

Entendimento utilizado no julgamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso TJ-MT - APELAÇÃO CRIMINAL : APR 0007961-76.2018.8.11.0002 MT – 75kg de cocaína. Nesse caso, elevou-se em metade sobre a pena mínima.

Quantidade e natureza do produto – se estão presentes, ainda que se opte por reserva-las para a terceira fase (minorante do tráfico), não as utilizando para a majoração da pena base, convém consignar expressamente a sua presença e que se deixa de valorá-las nessa fase (a fim de reserva-las para um momento posterior). Assim fica registrado que, embora não considerados para fins de recrudescimento da pena base, compõem o arcabouço desfavorável das circunstâncias judiciais, que servirão posteriormente para fixar **também** o regime inicial mais severo.

Diz o Art. 59, III, que com base nas circunstâncias judiciais, inclusive aquelas do art. 42 da LD, que preponderam, o juiz vai estabelecer o regime inicial da pena privativa de liberdade.

- **Antecedentes** – inquéritos em andamentos e processos sem transito em julgado **não** podem ser considerados – condenações depuradas **sim**, condenações transitadas em julgado depois do fato **sim**, mais de uma reincidência **sim**.

Circunstâncias – muitas vezes, as circunstâncias do crime que podem ser avaliadas já nesta primeira fase, podem igualmente ser observadas na terceira fase, a fim de negar o privilégio, por indicarem que o réu pertence a grupo criminoso ou se dedique ao crime. Em tal caso, pode ser interessante negar o privilégio com esta base, o que permitiria a análise da natureza e quantidade do produto na primeira fase.

Segunda fase da dosimetria da pena – agravantes e atenuantes –

Regra geral - Fração de 1/6 – fora disso necessita fundamentação apropriada

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . AGRAVAMENTO EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORIENTAÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. 1/6. AUMENTO, NO CASO, ESTABELECIDO NA FRAÇÃO DE 1/5 SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. 1. Por

não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que chancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal. 2. No caso, o magistrado exasperou a reprimenda, em razão da reincidência, exatamente na fração de 1/5, sem, contudo, apresentar motivação concreta. Há, portanto, ilegalidade a ser sanada na segunda etapa da dosimetria. (RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 127.382 MINAS GERAIS RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI)

Concurso agravantes/atenuantes art. 67 do cp. – preponderantes – personalidade (confissão)

Reincidência – art. 28 não gera.

Caso interessante (múltipla reincidência) – réu tinha 3 condenações definitivas – a 1ª foi usada como agravante na primeira fase, a 2ª foi usada para compensar com a confissão espontânea (ambas preponderantes) – e a 3ª foi usada como reincidência para agravar a pena em 1/6.

3ª FASE DA DOSIMETRIA - CAUSAS

Em razão desse caráter residual, uma espécie de inversão no reconhecimento das situações ou circunstâncias capazes de interferir na pena, vejamos desde já uma causa especial de diminuição de pena, a controvertida questão do privilégio do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Vejamos os elementos do § 4º do art. 33 da Lei de drogas.

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.
- quantidade ou natureza da droga que venha indicar sua dedicação ao crime ou integração a organização ou, ainda, grupo criminoso.

AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO –

1 – antecedentes – inquéritos e ações em curso.

ENUNCIADO 52- Incidente de Uniformização de Jurisprudência Nº 100269/2017

Disponibilizado no DJE Edição nº 10257, de 16/05/2018, publicado em 17/05/2018.

É possível considerar inquéritos policiais e ações penais não transitadas em julgado para afastar o tráfico privilegiado (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º).

Este enunciado estaria em aparente descompasso com o atual entendimento do STF.

Julgando matéria similar, ainda em 2014 o pleno do STF, em julgamento plenário - RExt 591.054 com **repercussão geral** - tema 129 – firmou entendimento de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Tal julgamento não tratava do § 4º do art. 33, mas sim da vetorial dos antecedentes do art. 59 do CP.

Com relação ao mesmo assunto, há a súmula do STJ – 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

O STF, entretanto, trouxe tal entendimento para o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas:

1ª Turma -, HC 173806 (18.02.2020).

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. O Pleno do Supremo, no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – ATIVIDADES CRIMINOSAS – DEDICAÇÃO – PROCESSOS EM CURSO. Revela-se inviável concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, afastando-se a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerado processo-crime em tramitação.

2ª Turma – HC 144309 (19.11.2018).

Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCEDIMENTOS E/OU PROCESSOS CRIMINAIS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA APLICAR A MINORANTE FUNDAMENTADAMENTE E RECALCULAR A DOSIMETRIA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em “investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional” (HC 151.431/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes). Precedentes. II - A escolha do patamar de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas não prescinde de adequada fundamentação. Precedentes. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

Julgados em sentido contrário do STJ –

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.431.091 - SP (2014/0015576-0) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER - 2017)

AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE

DIREITOS. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 539.666 - RS (2019/0309157-5) RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO)

2 – QUANTIDADE E NATUREZA DO PRODUTO OU DROGA a revelar participação em organização ou grupo criminoso ou dedicação à atividade criminosa –

TJ ENUNCIADO 30 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 101532/2015

Disponibilizado no DJE Edição nº 9998, de 11/04/2017, publicado em 12/04/2017.

A quantidade, a forma de acondicionamento da droga apreendida, como também a existência de apetrechos utilizados para comercialização de substância entorpecentes, são fundamentos idôneos a evidenciar dedicação à atividade criminosa, de modo a afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (Redação alterada pelo Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 100269/2017, disponibilizado no DJE nº 10257, em 16/05/2018).

Bis in idem – talvez uma das maiores divergências -

STF – julgamento impedindo o bis in idem – repercussão geral – tema 712

A quantidade de pasta-base de cocaína e de ácido bórico apreendidos foi o fator preponderante para afastar o tráfico privilegiado, na terceira fase, de modo que eventual utilização da quantidade da droga para aumentar a pena base caracteriza bis in idem, consoante entendimento pacificado no c. STF (ARE 666334 RG/AM).

STJ – entendendo que a valoração em ambas as fases não configura bis in idem -

“Embora a quantidade de entorpecentes apreendidos já tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria penal para exasperar a pena-base, nada impede que tal circunstância seja novamente considerada na terceira etapa para aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, obstar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006” (AgRg no HC 508.335/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 05/09/2019).

STJ – entendendo que a valoração em ambas as fases configura bis in idem -

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DE DROGA. BIS IN IDEM. NECESSIDADE DE REMESSA AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois constatando-se que a mesma circunstância - quantidade de drogas - serviu como fundamento para aumentar a pena na primeira fase e negar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve ser reconhecida a ocorrência de bis in idem, conforme a jurisprudência do STJ e STF. 2. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no HC 539721/ SP AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0309526-3 Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 05/03/2020 Data da Publicação/Fonte DJe 09/03/2020.

TJMT – seguindo a orientação do STF

“As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas só podem ser usadas na primeira ou na terceira fase da dosimetria de forma não cumulativa, sob pena de indevido bis in idem.”(TJMT, Enunciado Criminal 48.) (N.U, 0002771-21.2018.8.11.0039, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, MARCOS MACHADO, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 13/08/2019)

STJ – entendendo só haver bis in idem se, na terceira fase, for usado o critério quantidade ou natureza da droga para modular a redução entre 1/6 e 2/3, mas se for usado para negar integralmente, entende não estar presente a dupla valoração.

STJ-2. Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.3. Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como um dos elementos de convicção para concluir que o paciente traficava com habitualidade e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas..... **Processo AgRg no HC 524429/SP AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0224629-8 Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 19/09/2019 Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2019**

STJ – Idem -

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO DESPROVIDO.

2. *Em consonância com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas, foram consideradas a quantidade e a natureza da droga apreendida (73,994kg de cocaína) para elevar a reprimenda básica, entendimento que se encontra de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. Precedentes.*

3. *O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.*

4. *No caso em análise, com base na natureza e na grande quantidade de entorpecente apreendido, o Tribunal de origem concluiu que o paciente dedica-se à atividade criminosa. Precedentes.*

5. *"De acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há bis in idem quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida." - AgRg no HABEAS CORPUS No 452.917 - SP (2018/0131534-7) RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI.*

Tal entendimento, aparentemente para respeitar a decisão do STF, que afirmou que se o critério da quantidade e natureza, for usado para modular a fração de redução, não poderia ser usado também na primeira fase, pois caracterizaria o bis in idem, está entendendo que, se for utilizado para denegar integralmente a incidência do privilégio, não estaria afrontando aquela decisão.

Com a devida vênia, para negar o privilégio, por completo, a análise desses critérios é inegavelmente feita.

Na verdade tal entendimento considera que a modulação da minorante se dá somente entre 1/6 e 2/3, quando na verdade se dá entre 0 e 2/3.

STJ – entendendo só haver bis in idem se, na terceira fase, for usado o critério quantidade ou natureza da droga como os únicos critérios para

negar integralmente a minorante. Havendo outros fundamentos complementares não haveria dupla valoração.

...2. No caso concreto, a quantidade expressiva e a natureza das drogas apreendidas – 59,1g (cinquenta e nove gramas e um decigrama) de maconha e 126,9g (cento e vinte e seis gramas e nove decigramas) de crack – não foram os únicos fundamentos utilizados para afastar a minorante do tráfico privilegiado, pois a Corte de origem ressaltou que as Acusadas, após prévia investigação realizada pela Polícia Militar, foram identificadas pelos milicianos através de fotografias tiradas por drones, que comprovavam a realização do tráfico na região da Cracolândia, elementos que demonstram que se dedicavam à atividade criminosa, não havendo, assim, que se falar em bis in idem. Ademais, não é possível, na via estreita do habeas corpus, desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias acerca do não cabimento do benefício. Precedentes. (HABEAS CORPUS Nº 483.266 - SP (2018/0329322-9) RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ)

Então, a utilização conjunta de outros critérios, ou circunstâncias, que igualmente venham a indicar a dedicação do réu a atividades criminosas ou pertencimento a grupo criminoso, impede o reconhecimento do bis in idem. Exemplo de fundamentos diversos:

- *O valor exorbitante da carga ilícita indica sem dúvidas a impossibilidade de o acusado ter agido só na empreitada, já que incompatível com sua capacidade financeira, demandando, certamente, a presença de ajudantes e até mesmo de agente que lhe dava suporte financeiro, ou que ele meramente atuava a mando de seus superiores, efetivos donos do produto, o que revela a sua participação em um grupo criminoso.*
- *A dinâmica do transporte da droga em questão demanda logística incompatível com sua prática por parte de um único agente, seja para o carregamento e descarga do produto, acompanhamento via equipe de batedores, necessidade de transbordo, fatos estes que denotam o pertencimento do acusado a um grupo criminoso.*
- *A modificação do veículo, com a adaptação de compartimento próprio para a acomodação da droga é um indicativo da ingerência de múltiplos agentes no crime, seja para a confecção dessas adaptações, seja para a condução do próprio veículo. Ademais, a adulteração de característica original do veículo e a perda de valor que isso lhe traz, igualmente denota a destinação do automotor para tal atividade de forma rotineira, indicando a dedicação à tal prática pelo grupo criminoso em questão.*

ALGUNS ENTENDIMENTOS INTERESSANTES –

STJ – entendendo que, isoladamente, a quantidade de droga não é suficiente para ensejar os motivos para a denegação da minorante - 24 kg de maconha – 2019.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENDIDOS 24 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. "MULA DO TRÁFICO", CONDIÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO IMPLICA SER O ACUSADO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. POSSIBILIDADE NA FRAÇÃO MÍNIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A condição de "mula" do tráfico, por si só, não comprova que o acusado integra organização criminosa e, por via de consequência, não se presta a fundamentar a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado. A jurisprudência desta Corte Superior entende que, nesse contexto, é adequada a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, mas em fração inferior a 2/3 (dois terços). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.772.711 - PR (2018/0270971-1) RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ)

STJ – cisão dos elementos “natureza” e “quantidade” –

2. Não há falar em bis in idem quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa. (Processo AgRg na Rcl 38876/ SP AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 2019/0271834-6, Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 13/05/2020 Data da Publicação/Fonte DJe 21/05/2020)

Condenação simultânea por associação ao tráfico –

"é inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 quando há condenação simultânea do agente nos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa"

.....APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 5. Mantida a condenação do agravante pelo crime de associação para o tráfico de drogas, não há como reconhecer, em seu favor, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.282.174 - SP (2018/0095128-2) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ)

Cuidado – pode haver absolvição, nas instâncias superiores, com relação ao crime de associação – e se o fato foi usado como único fundamento para negar

a minorante (privilégio), este deverá incidir. Então convém, havendo outros elementos para a negativa, incluí-los.

Cuidado – para não haver contradição entre o fundamento para absolver da associação – negando a prova da **estabilidade** e **permanência** - em relação ao fundamento para afastar a minorante em razão da quantidade de drogas, afirmando que tal circunstância geraria a ideia de dedicação ao crime ou falar em pertencimento à organização.

Redação interessante – “Grupo criminoso” -

PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – DROGA – QUANTIDADE. Possível é considerar-se, para efeito de diminuição da pena – artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 –, a quantidade de droga apreendida, assentando-se a integração a grupo criminoso. (**HABEAS CORPUS 130.981 MATO GROSSO DO SUL - RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**)

3 – QUANTIDADE E NATUREZA DO PRODUTO OU DROGA a modular o quanto da redução –

STJ -

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTUM FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.....

III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas 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. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

*IV - Na hipótese, houve fundamentação concreta e idônea para o patamar estabelecido referente ao tráfico privilegiado, em razão da grande quantidade de entorpecentes apreendidos com o paciente, vale dizer, 647,4g (seiscentos e quarenta e sete gramas e quarenta decigramas) da erva Cannabis sativa, em consonância com o atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta Corte Superior de Justiça. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (**Processo AgRg no HC 554052 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0383625-7 Relator(a) Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO***

TJ/PE) (8390) **Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA** **Data do Julgamento** 10/03/2020 **Data da Publicação/Fonte** DJe 16/03/2020).

STJ –

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIDIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA.....**Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. – Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão recorrido, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta o patamar escolhido, concretamente, na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas (cocaína, crack e maconha).(Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 322.414/SP).***

Pena de multa –

Há de ser proporcional à pena corporal.

Legislador fixou a pena de reclusão entre 5 e 15 anos

E estabeleceu a pena de multa entre 500 e 1500 dias multa.

O legislador trouxe uma proporcionalidade absoluta e de simples constatação.

Segundo estágio da dosimetria – fixação do regime –

Não há bis in idem

ENUNCIADO 47 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 101532/2015

Disponibilizado no DJE Edição nº 9998, de 11/04/2017, publicado em 12/04/2017.

A valoração negativa da quantidade e natureza do entorpecente constitui fundamento idôneo para a determinação de regime mais gravoso para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

TJMT -

A despeito da redução da pena imposta, mantém-se o regime fechado para início do cumprimento da pena, em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, bem como pela presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado (CP, art. 33, § 3º).” (N.U 0015982-35.2018.8.11.0004, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 10/03/2020, Publicado no DJE 10/03/2020)

STJ -

AGRAVO REGIMENTALREGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS, SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

5. A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias do crime - expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos -, sopesadas na primeira fase da dosimetria, mostram-se idôneas e suficientes para o recrudescimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. 7. Agravo regimental não provido.

Processo AgRg no HC 524429 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0224629-8 Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 19/09/2019 Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2019

Casos para estudo – Sentenças de MT

1º - 1.296,45kg de maconha – droga transportada em um caminhão em meio à carga.

Fixou a pena base em 9 anos e 10 meses de reclusão.

Reduziu em 1/6 em função da confissão chegando a 8 anos e 2 meses.

Elevou em metade em função da interestadualidade (vários estados) chegando à pena de 12 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão.

Multa em 500 dias multa pelos mesmos critérios.

Regime inicial fechado.

Multa aparentemente desproporcional.

Juiz valorou negativamente as **circunstâncias do crime** da seguinte maneira: *destaca-se que devem ser avaliadas negativamente, diante do modo de execução, qual seja, escamoteadas em meio a rações para animais objetivando dificultar o encontro do entorpecente.*

Entendeu também por bem valorar a quantidade da droga na primeira fase e igualmente na terceira fase, a fim de negar o privilégio. Fundamentou em entendimento do STJ.

Sentença bem fundamentada.

Mas corre risco de não prevalecer, em razão da grande discussão que ainda pende com relação ao *bis in idem*.

Talvez se enriquecesse a fundamentação da negativa do privilegio com argumentos como os já acima mencionados, que fortalecem os elementos de participação em grupo criminoso, daria a sentença mais força para sua manutenção.

Outros argumentos que poderiam ser usados: *não há dúvidas de que o réu agiu em grupo, tendo inclusive confessado que, para a empreitada criminosa teria ocorrido distribuição de tarefas, já que o carregamento do veículo com a valiosíssima carga teria ficado a cargo de outros indivíduos, assim como, no destino, haveria igualmente a distribuição das tarefas para o descarregamento. A função do réu seria a condução do veículo. Outros braços do grupo ficaram responsáveis pelas demais tarefas, inclusive o financiamento da dispendiosa empreitada, o que revela que o mesmo, ao menos naquela ocasião, passou a fazer parte de um grupo criminoso.*

2º - Guarda de 131,434 gramas de cocaína e 11,214 quilos de maconha

Na primeira fase, valorou somente a quantidade e natureza da cocaína e fixou a pena em 7 anos e 5 meses de reclusão.

Para evitar o *bis in idem*, valorou a grande quantidade de maconha na terceira fase, negando o privilégio.

Regime fechado em função da quantidade de drogas

Entendimento bastante razoável essa separação.

Entendimento pessoal meu: discordo do montante da elevação na primeira fase. Acabou sendo bastante elevado para 131g de cocaína.

Talvez se fosse tal quantidade de drogas isoladamente, caberia até mesmo o privilégio.

A negativa da minorante com base na quantidade de maconha parece perfeita.

Regime inicial fechado igualmente não revela ilegalidade.

3º guarda de 361 quilogramas de cocaína pura.

Na primeira fase, com relação a um dos réus, fixou a pena em 6 anos e 600 dias multa.

Nessa fase até mencionou a quantidade da droga, mas aparentemente não como fundamento para a elevação da pena, mas apenas para narrar que o réu usou uma propriedade em um assentamento para guarda-la.

Na segunda fase não houve qualquer valoração.

Na terceira fase negou o privilégio com base na grande quantidade de droga.

Ainda nessa fase elevou a pena para 7 anos e 700 dias multa em função do tráfico entre estados.

Fixou, em função da quantidade da pena, o regime semiaberto.

Igualmente sentença extensa e bem trabalhada. Bem fundamentada.

Multa fixada na proporção exata.

Tomou o cuidado para não incidir em bis in idem, seguindo orientação do TJMT

Ponderações –

Se melhor explorada a questão, poderia negar o benefício do privilégio com outra fundamentação, ou também com outra fundamentação, permitindo a valoração da grande quantidade de droga e natureza para ser avaliada já na primeira fase da dosimetria.

Por exemplo: a já mencionada dinâmica do crime, que demandaria a atuação de outros membros do grupo criminoso, que não implica em associação (no caso foram absolvidos da associação), já que impossível seria a ele ter agido sozinho; ainda, o elevadíssimo valor do produto (é claro que isso tangencia a quantidade), valor esse incompatível com sua situação financeira, denotando, além de profissionalismo, que a droga pertencia igualmente a outros membros do grupo, numa clara distribuição de funções naquela atividade criminoso, o que igualmente revela, assim como a quantidade da droga, sua dedicação àquele ilícito.

Providência semelhante propiciaria a elevação da pena, já na primeira fase, para mais de 10 anos.

Outra possibilidade seria a cisão da natureza e quantidade, usando uma na primeira fase e a outra na terceira fase. Isso igualmente possibilitaria a fixação da pena para além dos 7 anos e meio já na primeira fase.

O regime – como já dito anteriormente, nosso entendimento é de que não há *bis in idem* em considerar as circunstâncias do art. 59/42 para a fixação da pena base e também depois, já no segundo estágio, para a fixação do regime.

Então, ainda que não se vá considerar a quantidade e natureza na primeira fase, para fins de elevação da pena base, é conveniente falar de sua presença desabonadora. Isso possibilita após, na fixação do regime, a fundamentação para sua aplicação do fechado inicial.

4º - tráfico de maconha – 28kg.

Considerou quantidade e natureza na primeira fase, entretanto, aparentemente, como circunstância e culpabilidade, e também serviu de fundamento para negar o privilégio.

Pena base em 7 anos e 02 meses – de reclusão

Reduziu a pena na segunda fase em razão da confissão e ter menos de 21 anos. Duas preponderantes. Não usou fração – o que não é obrigatório, mas seria recomendável.

Mesmo com duas atenuantes preponderantes a redução foi de 1 ano.

Na terceira fase, em função do tráfico entre estados, elevou a pena em 1/3. Apenas dois estados – poderia ter elevado em 1/6.

Regime fechado em função da pena. 8 anos e 2 meses.

Multa de 7 anos – proporção apenas aproximada.

Decretou o perdimento do bem em favor do Estado e não da União –

Entendimento conforme a Comissão - excelente.

Art. 7º da Lei 9.613/98

5º - 502 gramas de maconha e 39 gramas de cocaína.

Já na primeira fase, considerou a quantidade da maconha e a natureza da cocaína e fixou a pena base em 8 anos de reclusão e 800 dias multa.

Na segunda fase afirmou não haver agravantes e atenuantes -

Negou o privilégio em função da expressiva quantidade de drogas.

Fixou o regime inicialmente fechado nos seguintes fundamentos:

“o único regime que se amolda ao tráfico e crimes conexo é o inicialmente fechado, nos termos do art. 33, 2º, alínea “a” e § 3º do mesmo artigo, ambos do código penal, portanto, o réu não faz jus ao benefício legal, até porque, o réu é reincidente específico.

Essa redação por ser o regime que se amolda ao tráfico, talvez possa levar ao raciocínio de que ainda falamos do regime fechado por conta da hediondez.

Faz menção ao art. 33, 2º, alínea “a”, que não aparenta adequação com a situação pois exige pena superior a 8 anos para o regime fechado e a pena foi aplicada exatamente em 8 anos, ou seja, não era superior:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

Faz menção também ao e § 3º do artigo em questão.

O parágrafo terceiro permite entender ou supor que a fixação do regime poderia ter se dado por conta das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, mas seria uma dedução, pois não ficou claro.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código

Por último, mesmo falando em reincidência específica ao final, na segundo fase afirmou não haver agravantes, o que leva a crer se tratar de um equívoco e que tal condição não foi a determinante do regime.

Ponderações –

Nossa divergência, respeitando o entendimento do colega, é o critério utilizado, bastante exigente e severo.

Se realmente não houver a reincidência no caso em questão, não seria nenhum absurdo a concessão do privilégio, com regime aberto e substituição da pena.