

PENAL – QUESTÃO 1 – CURSO POPULAR DEFENSORIA PÚBLICA

Abordagem Esperada	Pontuação máxima	Pontuação atribuída
<u>Absolvição pelo artigo 35 da Lei nº 11.343/06</u> por ausência de provas da estabilidade e permanência (STJ)	1,5	
<u>Absolvição pelo art. 244-B do ECA</u> e, subsidiariamente, a aplicação da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, em face do princípio da especialidade (STJ)	1,5	
<u>Afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006</u> , pois o crime ocorreu em um domingo e a escola não estava funcionando	1,0	
<u>Aplicação do concurso formal de crimes</u> , previsto no art. 70 do Código Penal (ao invés do concurso material)	0,5	
<u>Afastamento da agravante da reincidência</u> , pois a condenação anterior pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 não gera reincidência	1,0	
<u>Aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06</u> , pois João não é reincidente, a quantidade de drogas apreendidas é pequena e estão preenchidos todos os demais requisitos	1,5	
<u>Fixação de regime inicial diverso do fechado</u> , pois João não é reincidente, a aplicação da causa de diminuição do §4º afasta a hediondez do crime de tráfico e o art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90 foi declarado inconstitucional (STF)	1,5	
<u>Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos</u> , pois preenchidos os requisitos do art. 44 do CP e o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 foi declarado inconstitucional na parte em que proíbe a substituição das penas (STF)	1,5	



PADRÃO DE RESPOSTA:

As teses a serem arguidas em favor de João são a absolvição pelo artigo 35 da Lei nº 11.343/06 por ausência de provas da estabilidade e permanência (STJ); a absolvição pelo art. 244-B do ECA e, subsidiariamente, a aplicação da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, em face do princípio da especialidade (STJ); o afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, pois o crime ocorreu em um domingo e a escola não estava funcionando, ou seja, não houve maior vulneração ao bem jurídico tutelado pela norma a justificar o aumento de pena (STJ); a aplicação do concurso formal de crimes, previsto no art. 70 do Código Penal (ao invés do concurso material).

No que tange à dosimetria da pena, deve-se arguir: na segunda fase da dosimetria da pena, o afastamento da agravante da reincidência, pois a condenação anterior pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 não gera reincidência (STF), e a aplicação da atenuante da menoridade relativa (João tinha 19 anos ao tempo do crime), com a fixação da pena aquém do mínimo legal (art. 65, “caput” e inc. I, do CP); na terceira fase da dosimetria, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pois João não é reincidente, a quantidade de drogas apreendidas é pequena e estão preenchidos todos os demais requisitos; a fixação de regime inicial diverso do fechado, pois João não é reincidente, a aplicação da causa de diminuição do §4º afasta a hediondez do crime de tráfico e o art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90 foi declarado inconstitucional (STF); a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do CP e o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 foi declarado inconstitucional na parte em que proíbe a substituição das penas (STF).

APROFUNDAMENTOS:

1. Absolvição pelo artigo 35 da Lei nº 11.343/06:

Prevê o artigo 35 da Lei nº 11.343/2006:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:



Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Diante da expressão “reiteradamente ou não”, muitos aplicadores do direito passaram a entender que não seria necessário o “animus associativo” entre os agentes para que incorressem no crime de associação pra o tráfico, bastando o simples concurso de agentes, ou seja, o entendimento ocasional de duas ou mais pessoas para o cometimento do crime.

Ocorre que, por se tratar de delito associativo, os Tribunais Superiores não entenderam assim, exigindo, para a sua caracterização, o “animus associativo”, ou seja, o dolo de se associar com permanência e estabilidade para o cometimento dos crimes previstos no art. 35:

DIREITO PENAL. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Exige-se o dolo de se associar com permanência e estabilidade para a caracterização do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Dessa forma, é atípica a conduta se não houver ânimo associativo permanente (duradouro), mas apenas esporádico (eventual). Precedentes citados do STF: HC 64.840-RJ, DJ 21/8/1987; do STJ: HC 166.979-SP, DJe 15/8/2012, e HC 201.256-MG, DJe 29/6/2012. (STJ, HC 139.942-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012; Informativo nº 509)

E ainda acerca do crime de associação para o tráfico, LEMBRE-SE:

- Não se trata de crime hediondo (HC 526196/RS, STJ);
- É crime permanente e de mera conduta. Não admite tentativa.

2. Absolvição pelo art. 244-B do ECA e, subsidiariamente, a aplicação da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, em face do princípio da especialidade (STJ)

João cometeu crime de tráfico de drogas em concurso com o adolescente Túlio.



Ocorre que, no caso, ele não deveria ter sido denunciado como incurso no artigo 244-B do ECA, pois há uma causa de aumento específica prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 a ser aplicada quando o crime de tráfico de drogas é praticado em concurso ou visa criança ou adolescente:

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

(...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

O STJ possui jurisprudência pacífica no sentido de que, nesse caso, aplica-se o princípio da especialidade:

“O debate consistiu no enquadramento da conduta de adulto que pratica tráfico em concurso eventual com criança ou adolescente. Para configuração do crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), basta a participação de menor de 18 anos no cometimento do delito, pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, o crime é formal e, por isso, independe da prova da efetiva corrupção do menor (Súmula 500/STJ). Por sua vez, para incidir a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, faz-se necessário que, ao praticar os delitos previstos nos arts. 33 a 37, o réu envolva ou vise atingir criança, adolescente ou quem tenha capacidade de entendimento e determinação diminuída. Não se compartilha do entendimento no sentido de que, se a criança ou adolescente já estiverem corrompidos, não há falar em corrupção de menores e de que responde o agente apenas pelo crime de tráfico majorado, pois, de acordo com o entendimento do STJ, é irrelevante a prova da efetiva corrupção do menor para que o acusado seja condenado pelo crime do ECA. **A solução deve ser encontrada no princípio da especialidade.** Assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. Para os demais casos, aplica-se o art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme entendimento doutrinário.”



(REsp 1.622.781-MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016; Informativo nº 595; grifos nossos)

Ocorre que, como afirma o enunciado, João foi denunciado como incurso no art. 244-B do ECA, ou seja, pelo crime de corrupção de menores, e não pela causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006. Assim, há duas correntes acerca da postura da postura que deve ser adotada pelo juiz diante desse fato:

- a) Para a doutrina majoritária, aplica-se o art. 384 do CPP, referente à “emendatio libelli”:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Segundo essa corrente, o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, e não da qualificação jurídica a eles dados pela acusação. Assim, estando descrita a coautoria de João com um adolescente na denúncia, seria perfeitamente possível que o juiz, na sentença, sem qualquer emenda à inicial acusatória ou oportunidade de produção de provas pela defesa, modificasse a qualificação jurídica, aplicando a causa de aumento ao invés do crime de corrupção de menores.

E assim também poderia agir o Tribunal de Justiça, modificando a sentença que condenou João como incurso no crime de corrupção de menores, aplicando, em seu lugar, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11343/2006.

- b) Ocorre que parcela minoritária da doutrina (por todos, Aury Lopes Jr.) entende que uma leitura crítica e baseada na principiologia constitucional não permite concluir que o réu se defende apenas dos fatos. O réu se defende sim da



classificação jurídica dos fatos e a modificação dessa classificação apenas na sentença, sem oportunizar à defesa o contraditório, acarreta a violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença, corolário do devido processo legal.

E no caso em tela, não se trata de mera desclassificação para crime subsidiário, mas sim em condenação em causa de aumento com elementares completamente diversas daquelas indicadas no art. 244-B do ECA. Veja-se:

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

(...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Logo, havendo elementares diversas, diante da nova classificação jurídica dos fatos, poderia a defesa enveredar por novas argumentações jurídicas a fim de buscar a absolvição do réu, o que não lhe foi oportunizado.

Cita-se, nesse ponto, trecho da obra de Aury Lopes Jr. (p. 1130):

“Mas, pensamos, o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica do reducionismo contido nos axiomas *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, pois o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador. A garantia do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento.”

Assim, diante dessas duas correntes e considerando que a segunda corrente é mais favorável ao réu, devemos requerer em sede de apelação:



- 1) A absolvição pelo art. 244-B do ECA, pois o Tribunal não pode realizar a “mutatio libelli”¹;
- 2) E, subsidiariamente, a aplicação da “emmendatio libelli”, com a aplicação da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 em lugar do crime de corrupção de menores previsto no art. 244-B do ECA.

3. Afastamento da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006

O art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006 prevê uma causa de aumento de pena para o caso de o tráfico de drogas ser cometido nas dependências ou imediações de estabelecimentos de ensino:

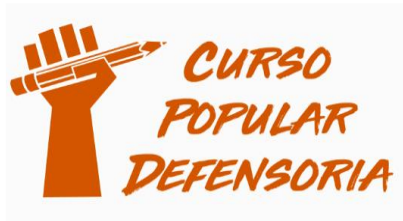
Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei nº 11.343/2006, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento

¹ “Portanto, a inexistência de descrição, na denúncia, de fatos que pudessem dar suporte à conclusão do magistrado de primeiro grau a respeito da tipificação, caberia ao Tribunal reconhecer a violação ao princípio da correlação e, diante da inviabilidade de *mutatio libelli* em segundo grau, por força do enunciado n. 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, restaria ao Tribunal *a quo* absolver o réu.” (STJ, HC 534.249/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)



de dependentes, entre outros (STF. 1ª Turma. HC 118676, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11/03/2014).

A prática do delito de tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimentos de ensino (art. 40, III, da Lei 11.343/06) enseja a aplicação da majorante, sendo desnecessária a prova de que o ilícito visava atingir os frequentadores desse local. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que a mercancia tinha por objetivo atingir os estudantes, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1558551/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 12/09/2017. STJ. 6ª Turma. HC 359088/SP. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/10/2016.

No entanto, caso não haja alguma circunstância que possa influenciar na disseminação da droga, a causa de aumento não incidirá:

Não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, se a prática de narcotraficância ocorrer em dia e horário em que não facilite a prática criminosa e a disseminação de drogas em área de maior aglomeração de pessoas.

Ex: se o tráfico de drogas é praticado no domingo de madrugada, dia e horário em que o estabelecimento de ensino não estava funcionando, não deve incidir a majorante.

STJ. 6ª Turma. REsp 1719792-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 13/03/2018 (Info 622).

Fonte: Dizer o Direito



4. Aplicação do concurso formal de crimes

Há duas espécies de concurso de crimes previsto no Código Penal, quais sejam:

Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, **mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.** No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Concurso formal

Art. 70 - **Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.** As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

No caso em testilha, caso haja condenação por todos os crimes, não seria caso aplicação da regra do concurso material de crimes, visto que o autor do fato teria supostamente praticado mais de um crime através de uma única ação. Assim, o correto seria aplicação do concurso formal através da exasperação da pena e não de sua soma como ocorre no concurso material.



5. Segunda fase da dosimetria da pena: afastamento da agravante da reincidência e aplicação da atenuante da menoridade relativa

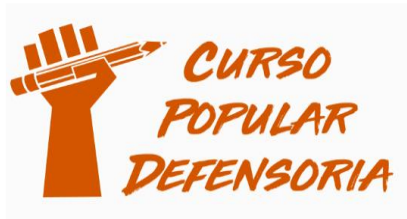
Parte 1 - Afastamento da agravante da reincidência

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.



4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. Recurso improvido.

(REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

Pontos considerados no Voto da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Consoante o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, a conduta de porte de droga para consumo próprio, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, **foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada**, vale dizer, não houve *abolitio criminis*.

Ocorre, contudo, que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência **viola o princípio constitucional da proporcionalidade**.

Atenção: A decisão de não considerar a conduta anterior de porte de drogas para consumo próprio para fins de caracterização da reincidência tem como razão a violação ao princípio da proporcionalidade – sendo destacado que a referida conduta ainda não foi descriminalizada.

Motivos expostos para evidenciar a desproporcionalidade: Se a prática de contravenção penal anterior, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência (art. 63 do Código Penal), resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há



qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, ocasião em que o ilustre relator, Ministro Gilmar Mendes, votando pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, consignou que "Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional. "

Importante!

O porte de drogas para consumo próprio também não é apto a gerar “maus antecedentes”.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. FALSA IDENTIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AUMENTO MANTIDO POR OUTROS FUNDAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme o entendimento firmado pela Sexta Turma no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, **argumento que também se aplica para os maus antecedentes.**

[...]



3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 552.355/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020)

Parte 2 - Aplicação da atenuante da menoridade relativa

A súmula 231 foi julgada pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 22/09/1999, tendo estabelecido a tese: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Com o fim de alcançar uma pena justa ao cidadão, o juiz deve observar o **princípio constitucional da individualização da pena**, disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Para uma perfeita individualização da pena, o juiz deve fazer a dosimetria da pena pelo método trifásico. Na primeira fase, o juiz analisa as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ocasião em que fixará uma pena-base. Na segunda fase, observará se no caso incidirá alguma circunstância atenuante ou agravante prevista nos artigos 65 e 61 do Código Penal e na última fase, o juiz analisará a incidência de alguma causa de diminuição ou aumento da pena, chegando a pena definitiva.

É evidente que essa súmula viola o princípio constitucional da individualização da pena, porque ele trata igual quem está em situação desigual. **Exemplo:** João e outro Réu são da mesma idade (19 anos), sendo que a pena-base de João foi estabelecida no mínimo legal e a do Corrêu foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal na primeira fase da dosimetria da pena. Na segunda fase da dosimetria ambos farão jus à atenuante da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do Código Penal), contudo, se for aplicável o enunciado consolidado na Súmula n.º 231 do STJ, tão somente o Corrêu terá a pena diminuída, pois, reduzida a pena de João, seria estabelecida abaixo do mínimo legal, em desconformidade com a previsão da referida Súmula. Logo, apenas o Corrêu teria a pena reduzida. Como se percebe, dois Réus, na mesma situação, seriam tratados de forma desigual, com flagrante ofensa à individualização da pena.

Além disso, essa súmula viola o artigo 65, caput, do Código Penal que dispõe sobre as circunstâncias que **SEMPRE** atenuam a pena, tais como menoridade relativa, violando, assim, o princípio da legalidade. Vale ressaltar que a súmula 231, apesar de ser um entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, não é vinculante.



Na prova discursiva, caso apareça situação semelhante, referente a qualquer circunstância atenuante, deve-se alegar a inconstitucionalidade e a ilegalidade da referida súmula, requerendo o seu afastamento.

6. Terceira fase da dosimetria: aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06

O § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, assim dispõe:

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:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]

§ 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. [\(Vide Resolução nº 5, de 2012\)](#)

No caso, afastada a agravante da reincidência e evidenciada a inidoneidade da valoração da conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas como maus antecedentes – nos termos mencionados no Ponto 5 do espelho –, bem como considerando a inexistência de provas de que João se dedique às atividades criminosas ou de que integre organizações criminosas, deve-se aplicar a referida causa de diminuição de pena na fração máxima de 2/3 (dois terços). Deve-se ressaltar, ainda, a pequena quantidade de droga apreendida e, embora seja polêmico no Superior Tribunal de Justiça, também deve-se destacar a insuficiência da utilização, por si só, da quantidade de droga como fundamento para aferir a dedicação do Réu às atividades criminosas, independentemente da exposição de circunstâncias do caso que indiquem tal conclusão.



7. Fixação de regime inicial diverso do fechado

Primeiramente, é importante analisar qual a capitulação penal da conduta do agente esperada no recurso de apelação. Conforme demonstrado nos pontos anteriores, o agente praticou apenas o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, da Lei n. 11343/2006.

Partindo disso, sempre que chegarmos a essa conclusão de que se trata de crime de tráfico de drogas, devemos nos ater ao §4º do artigo 33, que traz uma causa especial de diminuição de pena, também aplicável ao caso em análise, como já enfrentado nos pontos anteriores.

Feita a dosimetria da pena da melhor forma ao réu, diminuiremos de 1/6 a 2/3 a pena mínima do tráfico de drogas (5 anos), chegando, no pior dos cenários, a uma pena definitiva pouco maior de 4 anos.

No entanto, devemos defender a redução no grau máximo, com base nos seguintes argumentos: i) o réu tem menos de 21 anos de idade, ii) a quantidade de drogas é pequena, iii) a natureza da droga não é das mais nocivas, tal como a cocaína ou o crack, iv) não há fundamentos concretos que permitam o juiz a diminuir menos que o percentual de 2/3. Esses argumentos demonstram que o fato é algo isolado na vida do réu e, por isso, a diminuição de pena deve ser a maior possível.

Julgados: STJ, HC 126.275/MG, 2009/0009243-6, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/03/2010, DJe 12/04/2010. STJ, HC 132.660/SP, 2009/0059531-8, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/03/2010, DJe 12/04/2010.

Portanto, efetivamente, a pena definitiva do réu ficará em patamar inferior a 4 anos de reclusão. Com isso em mente, já nos lembramos de que tal patamar de pena, em tese, justifica o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal. No decorrer dos estudos e realizando questões, essas correlações vêm mais facilmente à cabeça.

Além do patamar de pena inferior a 4 anos, o dispositivo legal exige que o réu seja primário para justificar o regime aberto. No caso em análise, como já enfrentado em ponto anterior, sabemos que o réu é primário, pois, por questão de proporcionalidade, condenação anterior pelo artigo 28, da Lei n. 11343/2006 não gera reincidência. Isso



porque a própria contravenção penal, apenada mais gravemente que o porte de drogas para uso, não gera reincidência. Então, não faz sentido a prática do artigo 28 gerar.

Nesse ponto, vocês devem se lembrar de que houve despenalização do crime de porte de drogas para uso próprio, com exclusão de qualquer pena privativa de liberdade. Contudo, ainda continua sendo considerado crime pela doutrina e jurisprudência. Assim, houve despenalização, mas não descriminalização. Não deixou de ser crime, mas não há mais previsão de pena privativa de liberdade.

Aliás, havendo despenalização, tratou-se de lei favorável ao réu e, portanto, retroativa aos casos anteriores à Lei 11343/2006. Conforme forem estudando, essas correlações vêm com maior naturalidade.

Até esse momento, estamos com a seguinte conclusão: o autor praticou tráfico de drogas privilegiado, com a diminuição de pena no patamar máximo, chegando a uma pena definitiva menor de quatro anos, justificando o regime inicial aberto, pois também é primário. Ainda que o juiz fixasse a causa de diminuição no patamar mínimo (1/3), a pena ficaria um pouco maior de 4 anos, justificando o regime semiaberto (art. 33, §2º, alínea “b”, do CP).

Abro parênteses para afirmar que, no último caso, de fixação do regime semiaberto, caso o réu tenha ficado preso preventivamente no decorrer do processo, esse período deve ser diminuído da pena definitiva, sendo o resultado final da subtração que justificará a aplicação do regime inicial de pena. Trata-se da detração penal, prevista no artigo 42, do CP, e no artigo 387, §2º, do CPP. Por exemplo, se a pena definitiva no caso em análise ficasse em 4 anos e 2 meses e o réu ficou preso preventivamente por 2 meses, a detração justificaria a aplicação do regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Bom, mas aí vem a seguinte dúvida. O réu foi condenado por tráfico de drogas, ainda que privilegiado. Sendo o tráfico de drogas crime assemelhado a hediondo (art. 5º, XLIII, da CFRB), o regime inicial de pena não seria o fechado, com base no artigo 2º, §1º, da Lei n. 8072/1990 (Lei de crimes hediondos)? A resposta é negativa.

Nem todos os crimes previstos na Lei de Drogas são equiparados a hediondos. Devemos lembrar que a Constituição expressamente assemelha a hediondo o tráfico de drogas. Em



uma interpretação estrita, como deve ser no âmbito penal, portanto, apenas a conduta que significa diretamente o tráfico de drogas é assemelhada a crime hediondo.

De forma pacífica, as condutas previstas nos artigos 33, caput e §1º, e 34, da Lei de Drogas, são consideradas assemelhadas a crime hediondo, por consistirem tráfico de drogas direto. Há certa controvérsia quanto ao artigo 36 (financiar o tráfico), mas, diante da alta reprovabilidade da conduta, prevalece o entendimento de que também seria assemelhado a crime hediondo.

No entanto, os crimes descritos nos artigos 33, §§2º, 3º e 4º, 35 e 37, da Lei de Drogas, não são equiparados a hediondos.

As modalidades privilegiadas do tráfico de drogas, previstas nos parágrafos 2º, 3º e 4º, do artigo 33, são incompatíveis com a alta reprovabilidade prevista para os crimes hediondos. Por uma questão de política criminal, o legislador destacou condutas do tráfico de drogas que merecem reprovabilidade menor, a qual não se relaciona com a hediondez do crime.

Julgados: HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/06/2016 – Informativo 831 do STF. Pet. 11796/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, por unanimidade, j. 23/11/2016 – Informativo 595 do STJ.

Igualmente, os artigos 35 e 37, da Lei de Drogas, também não consubstanciam crime assemelhado a hediondo, por uma questão de interpretação restritiva. Isso porque os crimes são de associação ou colaboração como informante, mas não de tráfico de drogas direto.

Deve-se ter cuidado com a associação (art. 35), pois comumente temos em mente que ela vem junto com o tráfico de drogas. Mas isso não ocorre necessariamente. Se fosse esse o caso, o próprio tráfico absorveria o dito crime. São crimes distintos, com requisitos e momentos consumativos diferentes.

O delito de associação para o tráfico é crime formal, consumando-se independentemente da produção de resultado naturalístico. Basta então a vontade estável e permanente de duas pessoas para se associarem a praticar o tráfico de drogas que já está consumado o delito. Trata-se de raciocínio semelhante ao usado no crime de associação criminosa,



sendo que, neste último caso, precisa de três pessoas e o objetivo é praticar crimeS (tem que ser mais de um e exclui contravenções penais).

Além disso, a associação é de consumação livre, ou seja, o agente não precisa estar diretamente traficando, praticando um dos verbos do artigo 33, para estar associado ao tráfico de drogas. Ele pode exercer sua função dentro da associação de diversas outras formas.

Digo tudo isso para demonstrar que são crimes distintos e, partindo de uma interpretação estrita, associar não é traficar, tanto que estão previstos em artigos diferentes. Nesse sentido, não se podendo utilizar de analogia prejudicial ao réu, associação não é assemelhado a crime hediondo, pois a CF apenas assemelhou o tráfico de drogas.

Julgado: HC 284.176/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/08/2014).

Bom, então já sabemos que o tráfico de drogas privilegiado não é crime hediondo, o que resolveria nossa questão. No entanto, subsidiariamente, ainda podemos acrescentar que, mesmo nos casos de crimes hediondos, a previsão legal de regime inicialmente fechado (art.2º, §1º, da Lei 8072/90) é questionada pela doutrina e por parte da jurisprudência, com base na violação ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CFRB).

O princípio da individualização da pena preceitua a necessidade de cálculo da pena com base em cada caso concreto, levando em consideração as condições de cada réu. Portanto, proíbe-se a aplicação de penas genéricas, aplicáveis em qualquer caso, independentemente das condições do réu e do fato.

Aliás, quanto às condições do réu, apesar de diversas previsões legais ao longo da codificação penal, devemos ter em mente a crítica referente ao direito penal do autor. Proíbem-se julgamentos com base no estilo de vida ou modo de se portar do réu. Vigora o direito penal do fato (o fato é que deve ser julgado de forma objetiva), bem como vigora o princípio da secularização (separação entre direito e moral). Essas críticas são sempre bem-vindas em diversas passagens do CP e, especialmente, da LEP, sempre que fizerem menção a características pessoais do autor do fato.

O princípio da individualização da pena é dividido em três fases. A fase legislativa, em que os parlamentares determinam as espécies de pena e a escala de mínimo e máximo. A



segunda fase é realizada pelo juízo de conhecimento ao fazer a dosimetria de pena. A terceira fase cabe ao juízo da execução penal ao acompanhar o cumprimento da pena e todos os seus incidentes.

A previsão legal de regime inicialmente fechado nos crimes hediondos e assemelhados viola a segunda fase da individualização da pena, pois impede que o juízo de conhecimento avalie concretamente e fundamentadamente a necessidade do regime fechado. Trata-se de previsão abstrata e genérica e, portanto, inconstitucional, violando também a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Julgados: HC 119.382. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/11/2013. HC 286.925/RR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/05/2014 – Informativo 540 do STJ. HC 140.441, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/03/2017 – Informativo 859 do STF.

No mesmo sentido, ainda podemos citar as súmulas 718 e 719, do STF, bem como a súmula 440, do STJ.

Essa parte da resposta eu escreveria da seguinte forma.

O regime inicial de pena do réu deve ser o aberto, porque, aplicando a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, a pena definitiva será menor de 4 anos, levando em consideração a baixa nocividade da droga, a idade do réu, a baixa quantidade de drogas e sua primariedade. Igualmente, não se trata de crime assemelhado a hediondo, por uma questão de proporcionalidade, conforme decidido pelo STF. Aliás, ainda que fosse, a previsão de regime inicial fechado é inconstitucional, por violar o princípio da individualização da pena.

8. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos

Como vimos no ponto anterior, pleiteamos a condenação apenas por tráfico de drogas, com incidência da causa de diminuição prevista no §4º, do artigo 33, em seu patamar máximo, alcançando pena definitiva menor que quatro anos de reclusão.

Quando, em uma questão, nos deparamos com uma pena definitiva menor que quatro anos deve nos vir à mente a possibilidade de substituição pela pena restritiva de direitos, eis que um de seus requisitos principais é justamente a pena privativa de liberdade até



quatro anos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal. Com a realização de questões, essas lembranças naturalmente vêm à cabeça.

Basta então analisar se os outros requisitos para a substituição estão presentes, bem como se não existe previsão em legislação especial que a impede.

Analisando o artigo 44, do Código Penal, percebemos que todos os requisitos realmente estão supridos. O crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, o réu é primário, não há qualquer informação sobre circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Indo agora à Lei de Drogas, havia a vedação à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tanto no artigo 33, §4º, como no artigo 44. Contudo, essa vedação foi decretada inconstitucional pelo STF e o motivo fulcral foi justamente o visto no ponto 7 de nossa resposta: violação ao princípio da individualização da pena.

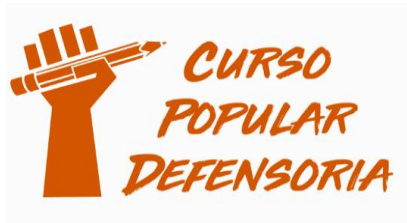
A vedação em abstrato pelo legislador impede o juízo de considerar as características concretas de cada caso, trazendo respostas genéricas, incabíveis no âmbito penal, sob pena de violar, inclusive, o princípio de fundamentação das decisões judiciais.

Cada caso penal merece resposta individualizada do Estado, com fundamentação concreta, o que restaria prejudicado com a previsão legislativa abstrata para vedar a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Além disso, a vedação traduz solução carcerizante para crime de potencial ofensivo menor (tráfico privilegiado), sendo medida de boa política criminal extirpá-la.

Portanto, no caso de tráfico de drogas, seja na modalidade privilegiada, seja na modalidade comum, é cabível a substituição de pena privativa por liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes todos os requisitos do artigo 44 do Código Penal. No caso do tráfico de drogas comum, isso vai ser difícil, pois a pena mínima prevista é de cinco anos de reclusão.

O julgado do STF é o seguinte. HC97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 01/09/2010. Posteriormente, veio a Resolução n. 5/2012, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11343/2006, justamente por conta da decisão do STF e com base no artigo 52, inciso X, da CF. Isso foi cabível, pois a declaração de inconstitucionalidade veio no



âmbito do controle incidental/concreto, não gerando efeito erga omnes. Caso fosse em âmbito de controle abstrato, não seria necessária resolução do Senado, pois a própria decisão já teria eficácia erga omnes.

Respondendo este ponto da questão, entendo que bastava dizer o seguinte.

Finalmente, requereria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que presentes todos os requisitos do artigo 44, do Código Penal, sendo certo que a vedação contida na Lei de Drogas foi declarada inconstitucional pelo STF, por violar o princípio da individualização da pena.