



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

ANEXO ÚNICO

FICHA DE INSCRIÇÃO

PROPOSTA DE TESE INSTITUCIONAL

Nome: GILSON ROGÉRIO DUARTE DE OLIVEIRA

Área de atuação: CRIMINAL

Lotação: 2 GRAU E TRIBUNAIS SUPERIORES

SÚMULA

***TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. A QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS DEVE SER NECESSARIAMENTE VALORADA NA PRIMEIRA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO: A) DISCRICIONARIEDADE DE UTILIZAÇÃO DO FUNDAMENTO NA 1ª E 3ª FASES QUE ACABA POR OFENDER A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, POIS ANULA A INCIDÊNCIA DE EVENTUAIS ATENUANTES; B) A ADOÇÃO ENTRE A 1ª E 3ª FASE DO FUNDAMENTO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA IMPLICA EM CONSEQUÊNCIAS ABSOLUTAMENTE DISTINTAS NO CÔMPUTO FINAL DA REPRIMENDA, OPERANDO-SE UMA RESTRIÇÃO AINDA MAIOR DA LIBERDADE DO ACUSADO SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DISTINGUISH ENTRE CASOS CONCRETOS E A POSIÇÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ NO HC 725534/SP.***

ASSUNTO

Aplicação da pena no crime de tráfico de drogas.



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

## FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

**A quantidade e natureza da droga apreendida deve ter sido valorada na primeira fase da aplicação da pena**, no momento em que se consideravam as circunstâncias judiciais, e não na terceira fase da dosimetria.

Não cabe a juízo, em contrariedade ao determinado pela legislação penal, ignorar, quando da fixação da pena-base, circunstâncias judiciais preponderantes para, posteriormente, utilizar tais circunstâncias para a majoração da pena na terceira fase de aplicação da pena, sob pena de violação do critério trifásico de aplicação da sanção penal.

O Código Penal é claro ao estabelecer que as circunstâncias judiciais devem ser valoradas na primeira fase de aplicação da pena, não sendo possível a adoção de qualquer outro entendimento, sob pena de violação da norma penal. Assim determina o artigo 68, *caput*, do Código Penal:

*“Art. 68 - **A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código**; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”*

Isso porque, no tocante aos crimes que envolvem drogas, a lei nº 11.343/2006 é clara ao estabelecer que a natureza e quantidade da droga apreendida são circunstâncias judiciais preponderantes, as quais devem ser valoradas na primeira fase de aplicação da pena.

*“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 partir da redação do artigo fica claro que não há margem para discricionariedade do julgador na transferência da análise do vetor “natureza e quantidade da substância ou do produto” para etapas posteriores, já que expressamente o dispositivo os coloca sob a natureza jurídica de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

Assim, ao ignorar a natureza ou a quantidade da droga apreendida na primeira fase de aplicação da pena, a decisão judicial utiliza um critério arbitrário e aplica a pena em desconformidade com o estabelecido nas normas penais, violando o princípio da legalidade que rege todo o sistema penal.

É de conhecimento que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp. nº 1.887.511/SP, “uniformizou o entendimento de que a natureza e quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base”.

Assim restou resumida a decisão do Tribunal Superior no julgamento do REsp. 1.887.511/SP:

***PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.***

*1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador.*

*2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa, os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

*3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira.*

*4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeesse dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria.*

*5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta*



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

*discricionariade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.*

6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual.

[...] 10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.

(REsp 1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021)

Não se ignora, por outro lado, que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, em julgado posterior de relatoria do Min. Ribeiro Dantas (HC 725534/SP), modificou seu entendimento, passando a considerar que a quantidade e a natureza da droga poderiam ser utilizadas para modular a fração do tráfico privilegiado, ainda que fosse vedado tal fundamento para afastar por completo a causa de diminuição.

Apesar disso, entenda-se que não foram sopesadas questões essenciais para o melhor entendimento da questão jurídica **e que indicam a existência de um *distinguish* entre o caso fático que originou o precedente acima indicado e casos que geralmente a Defensoria Pública atua.**

Primeiramente, como já enunciado nas linhas acima, a utilização destes elementos na 1ª Fase decorre da própria estrutura normativa do crime em tela, que dispõe especificamente da quantidade e natureza da droga como circunstâncias judiciais preponderantes, **compondo, portanto, o rol estabelecido no art. 59 do Código Penal.**

**Daí advém uma das repercussões mais importantes para aquilatar a questão. A 1ª e 3ª Fase da dosimetria possuem efeitos absolutamente distintos na reprimenda final.**

De certa forma, o precedente do REsp 1887511 já abordava tal aspecto, quando no voto do Min João Otávio de Noronha afirma-se que: “[...] há uma especialidade entre as etapas da dosimetria inversamente proporcional à ordem cronológica de sua ocorrência. Aos fatores legais da terceira fase (reservada às causas de aumento ou de diminuição de pena) atribui-se maior relevância do que aos da segunda e a estes, maior peso do que aos vetores da primeira”.



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

Tal relevância também reflete no impacto de cada uma das fases na penal definitiva. Considerando um caso hipotético no qual apenas incida a quantidade e natureza da droga, o mesmo quadro fático poderá ter uma pena diversa sem necessidade de maior fundamentação por parte do magistrado, a depender de onde escolha analisar esses elementos.

Destarte, se considerado na 1ª Fase, com um aumento de 1/8 ou 1/10, que são os parâmetros aceitos pela jurisprudência, teremos um aumento entre 1 ano ou 1 ano e 3 meses. Sem a incidência de agravantes, a diminuição do tráfico privilegiado em 2/3 neste caso redundará, no melhor dos cenários, em uma pena final de **2 (dois) anos**.

Contudo, utilizando-se do mesmo entendimento jurisprudencial e, sem qualquer fundamentação específica que denote maior gravidade do caso concreto, aplicando a quantidade e natureza da droga na 3ª Fase e limitando a fração à 1/6, o mesmo caso redundará em uma pena em **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses**.

**Ou seja, dependendo da vontade do magistrado, é possível aumentar em mais que o dobro a pena do acusado, alterando até mesmo o regime de cumprimento de pena, e frise-se, sem necessidade qualquer de fundamentação específica que garanta um efetivo *accountability*<sup>1</sup>.**

**Portanto, tal quadro demonstra que, nos termos do precedente mais atual da 3ª Seção do STJ, tem-se possibilitado que o Poder Judiciário aumente o sofrimento e a restrição da liberdade de um acusado sem fundamentação concreta a partir do caso penal, o que é absolutamente ilegal.**

Sabe-se que no Direito Penal vigora o princípio do *Favor Rei*. Dessa forma, a decorrência mais importante deste princípio é de que em toda dúvida jurídica acerca da norma aplicável ao caso concreto a solução deve prestigiar a liberdade do acusado.

---

<sup>1</sup> Vale indicar que tal princípio é frequentemente indicado nas decisões da Min. Laurita Vaz: AgRg no HC n. 775.506/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 17/2/2023; HC n. 596.233/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022.



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

Ao contrário, toda restrição à liberdade, considerando os inegáveis sofrimentos que acompanham o cárcere brasileiro, deve ser precedida de motivação clara e expressa, vedando a lei que se possa restringir os direitos fundamentais do acusado sem referência expressa às circunstâncias do caso concreto e na justa medida em que a lei determina.

**Gize-se que existem situações ainda mais problemáticas e que implicam em uma ofensa direta à individualização da pena.**

**Isso porque a escolha do magistrado em manter a quantidade e natureza da droga sopesadas na terceira fase muitas vezes acaba por inviabilizar a diminuição oriunda da atenuante da menoridade relativa, confissão, dentre outras.**

**Ou seja, mais que aumentar a reprimenda do acusado sem motivo concreto e expresso na sentença, o que pode ocorrer é a anulação por completo de circunstâncias atenuantes caso a pena-base seja aplicada em seu mínimo legal, sendo elas tornadas sem efeito por uma escolha discricionário do magistrado, considerando o ter da Súmula 231 do STJ.**

Note-se que ao considerar que a atenuante não pode ensejar uma diminuição aquém do mínimo legal da pena, um indivíduo que teve a quantidade e natureza das drogas sopesadas na 3ª Fase pode ter suas atenuantes totalmente desconsideradas e sofrer um recrudescimento da carga penal muito maior do que aquele que não se enquadra nas hipóteses de atenuantes previstas no CP, mas teve a incidência do art. 42 da Lei de Drogas para a 1ª Fase.

**É dizer, a livre escolha entre a 1ª e a 3ª Fase pode incorrer em uma séria ofensa à proporcionalidade e, sobretudo, à individualização da pena, prevista constitucionalmente no art. 5º, inciso XLVI.**

Vale mais uma vez ressaltar, tudo isso sem que haja qualquer critério ou possibilidade de controle judicial desta escolha, já que a escolha das fases dosimétricas fica por conta do juízo desvinculado e discricionário do magistrado.





# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

Sabe-se que o próprio Min. Ribeiro Dantas, quando propôs a revisão do entendimento, pensava em casos muito mais extremos do que as cortes ordinárias têm se valido, como se denota de seu voto quando afirma que: “[...] tendo sido a quantidade de droga o único vetor aferido para afastar o tráfico privilegiado, e sendo incabível sua utilização isolada na terceira fase – como proposto o novo entendimento - **o réu, condenado pela posse de mais de 147 quilos de maconha** - terá sua pena diminuída em 2/3, resultando definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão”<sup>2</sup>.

Ocorre que, em inúmeros casos de pequenos traficantes, onde a conduta é absolutamente distante do caso que originou o entendimento do HC 725534/SP, indivíduos terão sua pena praticamente igualada, com desconsideração de eventuais atenuantes, encerrando evidente injustiça.

Logo, propõe-se a complementação do precedente acima elencado, para transferir a valoração da quantidade e natureza da droga para a primeira fase de aplicação da pena.

## FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Constatou-se que em inúmeros casos criminais que chegaram à Defensoria Pública a aplicação da pena pelos magistrados acabou por prejudicar sobremaneira os assistidos, que em geral são pequenos traficantes ou traficantes/usuários, público alvo desta Instituição.

Os fatos que envolvem os assistidos, via de regra, diferem do caso que originou o precedente do Superior Tribunal de Justiça, que buscou dar uma resposta penal mais severa diante da gravidade concreta da conduta analisada (grande quantidade de drogas).

<sup>2</sup> STJ, HC 725534/SP, Rel. Min Ribeiro Dantas, 3ª Seção, DJe: 01/06/2022



# EDEPAR

Escola da Defensoria Pública  
do Estado do Paraná

## SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Padronizar a atuação dos defensores públicos, propiciando, inclusive, o prequestionamento da tese para viabilizar a interposição de recursos juntos aos Tribunais Superiores.