



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E
PROCESSO PENAL**

LÍDIO CARLOS DA SILVA JÚNIOR

**A DOSIMETRIA DA PENA EM CONCRETO NOS CASOS DE
TRÁFICO DE DROGAS**

**Brasília
2016**



LÍDIO CARLOS DA SILVA JÚNIOR

**A DOSIMETRIA DA PENA EM CONCRETO NOS CASOS DE
TRÁFICO DE DROGAS**

**Monografia apresentada ao curso de pós-graduação
latu sensu em direito penal e processual penal da
Atame - Pós-graduação e Cursos Ltda., como requisito
parcial para a obtenção do certificado de especialista
em direito penal e processo penal, sob a orientação do
professor Dr. João Carlos Medeiros de Aragão.**

**Brasília
2016**

LÍDIO CARLOS DA SILVA JÚNIOR

**A DOSIMETRIA DA PENA EM CONCRETO NOS CASOS DE
TRÁFICO DE DROGAS**

**Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Especialista em
Direito Penal e Direito Processual Penal, da Atame – Pós-graduação e cursos Ltda.**

**Brasília
2016**

Professor

RESUMO

A individualização da pena na sentença penal condenatória, por sua importância e complexidade, exige dos operadores do direito amplitude de conhecimento acerca dos parâmetros legais e jurisprudenciais que delimitam a atividade jurisdicional, no âmbito de sua discricionariedade motivada. O presente estudo visa abordar os principais aspectos da individualização da pena, analisando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, especialmente no tocante às condenações pela prática do tráfico de drogas. Equiparado a crime hediondo, o delito de tráfico de drogas submete-se a regras específicas, genéricas e padronizadas, previstas na redação original da Lei n. 8.072/90 e da Lei n. 11.343/2006, muitas das quais não devem ser utilizadas atualmente, em face de representarem ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, questão que foi amplamente analisada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Produziu-se, assim, vasta jurisprudência, cujo estudo se faz necessário para a obtenção de maior compreensão acerca da dosimetria no tráfico de drogas, não somente quanto às suas três etapas, mas principalmente quanto à fixação do regime inicial para cumprimento de pena, à aplicação da minorante referente ao tráfico privilegiado, bem como à possibilidade de aplicação de penas alternativas ou de *sursis*.

Palavras-chave: Penal e Processo Penal. Prestação Jurisdicional. Individualização da pena. Tráfico de drogas. Leis n. 8.072/90 e n. 11.343/2006. Regras genéricas e abstratas. Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Violação. Jurisprudência do STF e do STJ. Etapas de dosimetria. Regime inicial. Penas alternativas. *Sursis*.

ABSTRACT

Due to its importance and complexity, the individualization of penalties in criminal sentencing requires a wide knowledge of the legal and precedential parameters that define the jurisdictional activity within its motivated discretion. The present study aims to address the main aspects of the individualization of penalties, analyzing the doctrine and jurisprudential positioning on this issue, especially in regards to convictions for the practice of drug trafficking. Equated with felony, drug trafficking offense is subjected to a specific set of rules, which are generic and standardized, under the originally worded law number 8.072/90 and law number 11.343/2006. Many of these rules should not be used nowadays, as they represent a violation of the constitutional principles of proportionality and individualization of penalties, an issue that has been extensively analyzed and tried by the Supreme Court and the Superior Court of Justice. This resulted, thusly, in many precedents, whose study is necessary to obtain greater understanding of dosimetry in drug trafficking, not only regarding its three stages, but mainly the setting of the initial terms for serving the sentence, the application of extenuating circumstances related to privileged trafficking, and the possibility of alternative sentences or probation

Key Words: Criminal Law And Criminal Procedure. Jurisdictional Activity. Individualization Of Penalty. Drug Trafficking. Law Number 8.072/90 And Law Number 11.343/2006. Abstract And Generic Rules. Principles Of Proportionality And Individualization Of Penalties. Violation. Supreme Court And The Superior Court Of Justice Precedents. Dosimetry Stages. Initial Terms. Alternative Sentences. Probation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	12
2.1 – A Legislação sobre Tráfico de Drogas no Brasil.....	12
2.2 – O Artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.....	15
2.3 – Crime Equiparado à Hediondo	17
2.4 – Desclassificação.....	19
3. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À DOSIMETRIA	21
3.1 – O Princípio da Individualização da Pena.....	21
3.2 – O Princípio da Proporcionalidade.....	22
3.3 – O Princípio do <i>Non Bis In Idem</i>	25
3.4 – O Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benéfica.....	27
3.5 – O Princípio da Insignificância	28
4. A DOSIMETRIA DA PENA EM CONCRETO NO TRÁFICO DE DROGAS	31
4.1 – A Pena-base	31
4.2 – Atenuantes e Agravantes	35
4.3 – Causas de Diminuição e de Aumento da Pena	41
4.4 – A Pena de Multa	47
4.5 – O Regime Inicial para o Cumprimento de Pena	49
4.6 – A Substituição da Pena Privativa de Liberdade.....	53
4.7 – A Suspensão Condicional da Pena	56
4.8 – Providências Finais	59
CONCLUSÃO.....	62
BIBLIOGRAFIA	71

INTRODUÇÃO

Droga pode ser conceituada como qualquer substância natural ou sintética capaz de alterar as funções do organismo humano, provocando alterações nas sensações, no humor e no comportamento dos indivíduos, tais como álcool, analgésicos e tranquilizantes. Proibidas são as substâncias nocivas, cujo uso é vedado pelas normas legais, tais como anabolizantes, alucinógenos e psicotrópicos.

O uso ensejou a expansão do ilícito e lucrativo comércio de drogas, principalmente nas décadas de 1970 e 1980, e que, atualmente, atinge quase todas as localidades, sendo um fator decisivo e incentivador da violência nas grandes cidades brasileiras.

No Brasil, o crime de tráfico de drogas já era previsto no Código Penal de 1940, que, em seu artigo 281, previa:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

A legislação acerca do tráfico de drogas foi modificada diversas vezes, pelas Leis n. 4.451/64, n. 5.726/71, n. 6.368/76, n. 10.409/2002, que foi vetada no Capítulo referente aos crimes e penas, e, finalmente pela Lei n. 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas sobre drogas, com o intuito de, além de prevenir o uso e reinserir socialmente o usuário, reprimir o tráfico de drogas.

O artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que:

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga;

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

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

Verifica-se que o legislador fixou na nova lei uma pena-mínima mais rigorosa para o crime de tráfico de drogas 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, pois esse tipo penal era punido na Lei n. 6.368/76 com pena de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos.

Dispôs, também, sobre aspectos mais benéficos aos acusados, tal como nas hipóteses dos §§ 3º e 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em que se prevê, respectivamente, pena mais branda para o agente que oferece droga sem objetivo de lucro e ao acusado primário, que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”, motivo pelo qual, sendo mais benéfica, a nova lei deve ser aplicada retroativamente, cabendo, ao juiz da execução penal, se transitada em julgado a condenação, realizar novamente o cálculo da reprimenda.

Para RANGEL (2014. P. 77), é possível a utilização combinada das partes mais favoráveis da lei nova e da lei revogada:

Dúvida deve subsistir quanto à pena de multa, pois a nova lei estabeleceu a cominação de 700 a 1.500 dias-multa, além das medidas previstas para o artigo 28 da Lei. Ora, nesse aspecto a lei é mais grave do que a Lei nº 6.368/1976, que estabelecia a sanção de 50 a 360 dias-multa. Na primeira edição, sustentamos a posição de que não se pode compor a parte mais benéfica de uma lei anterior com a parte mais favorável da lei posterior ao fato. Contudo, atualmente nosso entendimento é outro, isto é, pode-se fazer sim tal aplicação sob um fundamento racional.

Contudo, conforme a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça não é possível a combinação de leis, com a utilização de partes mais benéficas de cada lei, nos termos do enunciado n. 501 da Súmula daquela Corte Superior, *verbis*:

É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis (Súmula 501, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013).

De outro lado, no tráfico de drogas, o bem jurídico protegido é a saúde pública, segundo CUNHA (2014, p. 175):

O bem jurídico protegido é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade (tutela mediata). A saúde pública é um bem jurídico supraindividual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais.

Trata-se, ademais, de norma penal em branco que depende de regulamentação por ato do Poder Executivo (Portaria SVS/MS 344/98), crime de ação múltipla e, para a maioria da doutrina, de perigo abstrato, dispensando a comprovação do risco efetivo, bastando a prática de qualquer um dos tipos penais.

No tocante à individualização da pena, tem-se que, se é inevitável a ocorrência do crime, necessária é resposta estatal, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, não só para recompor a inquietação social que delito proporciona, mas também para garantir o respeito às autoridades públicas e às normas estabelecidas em um Estado Democrático de Direito.

As normas contidas na nova lei foram rígidas em muitos aspectos da aplicação da pena no crime de tráfico de drogas, impondo regras genéricas e padronizadas que proporcionavam a aplicação de reprimendas desproporcionais, sem a observância da culpabilidade do agente e os elementos concretos dos delitos, em flagrante desrespeito a princípios constitucionais.

Contudo, o respeito ao princípio da individualização da pena garante aplicação de uma pena justa, sem a mera utilização de conceitos abstratos ou normas padronizadas, mas proporcional à culpabilidade do agente e as circunstâncias concretas do crime praticado. Para NUCCI (2014, p. 349):

A pena justa pode ser atingida, dentro das limitações do juiz e dos critérios legislativos. Melhor buscar incessantemente o equilíbrio entre o mínimo e o máximo do que se contentar com a pena-padrão, ofensiva ao princípio constitucional da individualização da pena.

O Código Penal prevê a realização de três fases: a primeira referente à fixação da pena-base; a segunda para a aplicação de agravantes e atenuantes; e a terceira para a fixação de majorantes e minorantes. Posteriormente, deve-se proceder à fixação do regime inicial para o cumprimento de pena, a aplicação, se possível, de penas alternativas e de *sursis*, além de analisar a possibilidade de o sentenciado recorrer em liberdade.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, o juiz deve considerar circunstâncias judiciais para fixar a pena-base, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequência do crime, comportamento do ofendido, contudo, o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, dispõe que “*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*”.

Essas circunstâncias diferem-se das elementares do crime, que integram a figura típica. Segundo BITENCOURT (2015, p. 773):

Para se distinguir uma elementar do tipo penal de uma simples circunstância do crime basta excluí-la, hipoteticamente; se tal raciocínio levar à descaracterização do fato como crime ou fizer surgir outro tipo de crime, estar-se-á diante de uma elementar. Se, no entanto, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância do crime.

As agravantes aplicáveis ao crime de tráfico de drogas são as previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, dentre as quais, a reincidência, e as atenuantes no art. 65 e 66 do Código Penal, tais como ser o agente menor de 21 anos e a confissão espontânea.

Nos termos do do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, a pena pode ser aumentada de um sexto a dois terços para hipóteses em que o delito seja praticado: (I) em caráter transnacional; (II) prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; (III) 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; (IV) com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; (V) entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; (VI) – com o envolvimento de ou visando a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; bem como quando o agente financiar ou custear a prática do crime.

O § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, por sua vez, dispõe sobre o tráfico privilegiado, dispondo que:

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

Como se vê, para a aplicação da causa de diminuição, é necessário que o agente não possua antecedentes criminais, não seja reincidente, nem integre organização criminosa, porém, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a natureza, a variedade e a quantidade da droga apreendida justificam a não aplicação da minorante, desde que não consideradas na primeira fase de dosimetria, sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).

IV - O col. STF, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza *bis in idem* tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena. ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).¹

No tocante ao regime inicial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959-7/SP, decidiu ser inconstitucional a redação original do § 1º do art. 2º da Lei n.

¹.HC n. 309.244/SP – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Félix Fischer, DJe 21/05/2015.

8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, o que motivou a edição da Lei n. 11.464/2007, a qual modificou o § 1º, dispondo que: *A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.*

Todavia, a nova redação do § 1º do art. 2º da Lei, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), razão pela qual as regras do art. 33 do Código Penal devem ser utilizadas na fixação do regime prisional nos crimes hediondos e equiparados.

Segundo MENDES JÚNIOR (2014, p. 325):

Todo engessamento atenta contra o princípio da individualização da pena! Ora, se a pena envolve o regime em que é cumprida e se individualizá-la é adequá-la à pessoa do agente delinquencial e ao delito cometido, a fim de satisfazer finalidades previamente fixadas e escolhidas num contexto de política criminal, impor de forma absoluta, fechada e, pasmem!, genérica, um regime de máxima gravidade a todos os crimes hediondos e equiparados, afeta, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a própria individualização da reprimenda, balizas maiores do sistema penal.

Do mesmo modo, a Suprema Corte declarou, incidentalmente, por maioria, no julgamento do HC n. 97.256/RS, a inconstitucionalidade da proibição da aplicação de penas alternativas prevista no artigo 33, § 4º e 44 da Lei n. 11.343/2006, bem como o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que *"É desproporcional e carece de razoabilidade a negativa de concessão de sursis se já resta superada a própria vedação legal à conversão da pena, mormente porque inexistente óbice à concessão dos benefícios na conduta do parágrafo 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que pode até ser sancionada com reprimenda mais severa que a do caput quando concedido o benefício do parágrafo 4º do mesmo artigo"*²

Assim, a aplicação da pena no tráfico de drogas, delito equiparado à hediondo, além de possuir critérios específicos que denotam maior preponderância da natureza e da quantidade das substâncias apreendidas na fixação da reprimenda penal, passou por consideráveis alterações legislativas, aspectos que foram amplamente debatidos, especialmente no tocante à individualização da pena, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, atividade judicante que merece estudo crítico detalhado e sistematizado.

² REsp n. 1.287.561 – 6ª T. unânime – Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02/09/2014.

2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Constatados os efeitos maléficos causados aos indivíduos e à sociedade pelo uso de drogas, que teve aumento considerável nas últimas décadas, e o desenvolvimento da lucrativa atividade de comercialização dessas substâncias, que alimenta o desassossego social e instiga a prática de diversas outras práticas criminosas, verificou-se a necessidade de o Estado estabelecer uma política voltada para a prevenção ao uso e à repressão ao tráfico de drogas, editando normas que merecem estudo detalhado.

2.1 – A Legislação sobre Tráfico de Drogas no Brasil

No Brasil, seguindo-se o modelo internacional de combate às drogas, o crime de tráfico de drogas foi tipificado pelo Código Penal de 1940, que, em seu artigo 281, previa:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - Utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - Contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

O Código Penal criminalizou a conduta do traficante, estabelecendo pena de 1 a 5 anos de reclusão, que seria aumentada em 1/3 em caso de ser repassada a um menor ou poderia chegar a oito anos na hipótese de ser o agente médico, dentista ou farmacêutico.

De outro lado, a norma legal estabelecia uma concepção sanitária do controle das drogas não criminalizando os usuários, que eram submetidos à internação obrigatória.

A Lei n. 4.451/64 e o Decreto-lei n. 385/68, editados durante o período da ditadura militar instituída em 1964, deslocaram o foco do modelo sanitário para uma política criminal que considerava como criminoso, não somente o traficante, mas também o usuário de drogas, o que levou a juventude a associar o consumo de drogas à luta pela liberdade.

A Lei n. 5.726/71 modificou o artigo 281 do Código Penal, para estabelecer a pena de 1 a 6 anos para o crime de tráfico e de porte para uso de drogas, prevendo ainda formas qualificadas se a substância é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 (vinte um) anos ou se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, bem como a associação para o cometimento de crimes previstos naquela lei.

Com a adesão do Brasil ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefantes e Psicotrópicos em 1973, editou-se a Lei n. 6.368/76, que separou os tipos penais referentes ao uso e ao tráfico de drogas, prevendo para este a pena de 3 a 15 anos, *verbis*:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 15. Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Art. 17. Violar de qualquer forma o sigilo de que trata o Art. 26 desta Lei:

Pena - Detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, ou pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, sem prejuízo das sanções administrativas a que estiver sujeito o infrator.

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

I - no caso de tráfico com o exterior ou de extra-territorialidade da lei penal;

II - quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guarda e vigilância;

III - se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação;

III – se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação:

IV - se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local.

Art. 19. É isento de pena o agente que em razão da dependência, ou sob o feito de substância, entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento-

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispôs que *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* e a Lei n. 8.072/90 equiparou o crime de tráfico de drogas a crime hediondo, vedando a concessão de liberdade provisória, de progressão de regime e de indulto aos traficantes.

A Lei n. 10.409/2002 pretendeu regulamentar a matéria, mas o seu Capítulo III, que tratava dos tipos e das penas para o crime de tráfico de drogas, foram vetados, motivo

pelo qual se manteve intacta a Lei n. 6.368/76 no ponto até a edição da Lei n. 11.343/2006, que, dentre outras medidas de prevenção ao uso e de repressão ao tráfico, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, eliminou a pena de prisão para o usuário de drogas, bem como distinguiu o traficante eventual do profissional, estabelecendo, para aquele, causa de diminuição de pena.

2.2 – O artigo 33 da Lei n. 11.343/2006

O artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que:

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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga;

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

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

Como se vê, o objeto jurídico tutelado pela norma legal é a saúde pública, bem jurídico imaterial, pois o tipo penal descreve delito de perigo abstrato, prevendo uma probabilidade de lesão ao bem jurídico defendido, a qual é presumida pelo legislador, diante

da possibilidade de diversos indivíduos, sem número definido, serem atingidos pela conduta vedada.

Assim, para se consumar, o crime de tráfico de drogas prescinde da ocorrência de resultado naturalístico, é, segundo NUCCI (2014, fl. 327), *crime de atividade, na modalidade formal, isto é, pune-se apenas a conduta de vender substância entorpecente, por exemplo.*

O tipo penal descrito na norma analisada é múltiplo, que utiliza vários verbos para descrever várias condutas a serem vedadas, e misto alternativo, pois o agente pode praticar uma ou mais condutas, mas responde por um único crime, o tráfico de drogas. Segundo NUCCI (2014, fl. 329), *Eventualmente, pode-se acolher o concurso de crimes, se entre determinada conduta e outra transcorrer período excessivamente extenso.*

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o sujeito passivo é a sociedade, e o elemento subjetivo é o dolo. A norma em análise possui como elemento normativo a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, circunstância que, se não ocorrida, enseja a atipicidade da conduta e depende de um complemento para ser aplicada, caracterizando-se como norma penal em branco, regulamentada pela Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998.

Em relação à Lei n. 6.368/76, o artigo 33 descreve os mesmos 18 verbos nucleares do tipo da norma anterior, deixando apenas de mencionar a expressão “de qualquer forma” na conduta de entregar, pois a entrega de droga foi disposta em parágrafo separado na nova lei, que abrandou a pena para essa conduta. Para RANGEL E BACILA (2014, fl. 76), *a consequência de tal alteração é a existência de LEX MITIOR no que se refere da droga para consumo de pessoa de seu relacionamento.*

Para os demais verbos, dentre as quais, 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, a lei estabeleceu pena mais grave, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, enquanto a lei revogada previa a pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O § 4º, por sua vez, inovou estabelecendo causa de diminuição de pena ao agente que praticar a conduta prevista no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, desde que primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, norma que objetiva reduzir a pena do traficante de primeira viagem.

Assim, para o agente primário, que não integre organização ou se dedique a atividades criminosas, a pena deve ser reduzida em de um sexto a dois terços, podendo chegar à 1 ano e 8 meses de reclusão, se pena base for fixada no mínimo legal e não houver agravantes ou causas de majoração da pena, pena que, nos termos da atual jurisprudência, enseja a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

2.3 – Crime Equiparado à Hediondo

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição dispõe que:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, estabelece que:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Como se vê, a legislação constitucional e infraconstitucional estabelece tratamento rigoroso ao delito de tráfico de drogas, equiparando-o aos delitos considerados hediondos, aos quais é vedada a concessão de anistia, de indulto e de fiança, é imposto o cumprimento de pena em regime inicial fechado, bem como é maior o prazo de tempo para a obtenção da progressão de regime prisional é maior.

Além disso, o art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por sua vez, veda expressamente a concessão de sursis, de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e da

liberdade provisória, estabelecendo o prazo de 2/3 da pena para a concessão de livramento condicional, que não deverá ser concedida ao reincidente específico, *verbis*:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Contudo, algumas restrições contidas nas normas legais acima elencadas, advindas de uma política criminal voltada para a rígida repressão delitos considerados graves, violam preceitos constitucionais, especialmente no tocante à dosimetria da pena, dentre os quais a necessidade de imposição de regime inicial fechado, proibição da concessão de penas alternativas e de *sursis*.

Ocorre que as normas infraconstitucionais devem observar e se submeter aos preceitos e princípios constitucionais, dentre os quais, o princípio da individualização da pena, pelo qual é necessário distinguir as condutas ilícitas, pessoas e situações dentro de um contexto fático, para, identificando a magnitude da lesão ao bem jurídico, fixar a pena a ser cumprida pelo agente.

A imposição de regras genéricas para a realização da dosimetria da pena retira o direito de o acusado ter a sua conduta e suas condições pessoais apuradas no momento da fixação da pena, gerando a aplicação de penas desproporcionais, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da isonomia, segundo o qual os desiguais devem ser tratados distintamente, na medida de suas diferenças.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, no tocante a imposição de regime inicial fechado, no julgamento do HC n. 111.840/ES, bem como declarou inconstitucional do artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, no julgamento do HC n. 97.256/RJ, julgou inconstitucional as restrições previstas no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, no tocante à vedação de aplicação de penas alternativas, e quanto à vedação a concessão de liberdade provisória no julgamento do HC n. 104.339.

Assim, nas condenações por tráfico de drogas, deve o juiz verificar a possibilidade de fixação de regime menos gravoso que o fechado, de aplicação de penas alternativas, bem como de concessão de liberdade provisória do direito de recorrer do sentenciado.

2.4 – Desclassificação

O artigo 28, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.343/2006 define que:

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:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 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.

Verifica-se que as condutas descritas neste artigo, quais sejam, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, que também constam do artigo 33 da Lei de Drogas, não são punidas com pena privativa de liberdade, desde que a sua finalidade seja para consumo pessoal, não se caracterizando como crime equiparado à hediondo.

A desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas depende das circunstâncias fáticas do delito e da condição pessoal do agente, tendo-se em vista especialmente a quantidade de droga apreendida, a comprovação da comercialização do entorpecente, bem como os antecedentes do agente, quando voltados para o tráfico.

Segundo NUCCI (2014, fl. 332), *Quem traz consigo grande quantidade, já foi condenado anteriormente por tráfico e está em busca de comercialização do entorpecente é, com imensa probabilidade, traficante (art. 33). No entanto, aquele que possui pequena quantidade, nunca foi antes condenado por delito relativo a tóxicos, bem como não está comercializando a droga é, provavelmente, um usuário (art. 28).*

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal é pacífica no sentido de que, para determinar a destinação ao 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.*³

³ Acórdão n.882393 20140111221220APR – 2ª Turma Criminal, Relator Souza e Avila., Revisor Cesar Laboissiere Ioyola, DJe de 22/07/2015.

Deve-se registrar, contudo, que a condição de reincidente, por si só, não conduz à condição de traficante, devendo-se considerar, na tipificação do delito, necessariamente o dolo do agente, diante do quadro fático colhido nos autos, evitando-se estigmatizar o agente.

Assim, não havendo a prova da autoria do crime de tráfico de drogas, mas apenas de sua posse para consumo próprio, impõe-se a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, crime de menor potencial ofensivo, devendo o juiz encaminhar os autos ao Ministério Público, para que proponha a transação penal ou a suspensão condicional do processo, dispostos nas Lei n. 9.099/90, nos termos do enunciado n. 307 da Súmula do STJ, segundo o qual: *É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.*

3. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À DOSIMETRIA

3.1 – O Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5. (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Para Nucci (2014, fl. 29):

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmos corréus. Sua finalidade de importância é a fuga da padronização da pena, da mecanizada ou computadorizada aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado.

Verifica-se, assim, que o direito à individualização da pena decorre do princípio da isonomia, garantindo aos sentenciados o direito de ter a sua condenação quantificada de forma única e distinta de outras, mesmo no caso de coautoria, cabendo ao legislador observar esse preceito constitucional para evitar a edição de normas padronizadas no que se refere à dosimetria da pena.

A individualização da pena possui três etapas, quais sejam, a legislativa, a judicial e a executória, sendo que a primeira refere-se à tipificação da conduta como criminosa, fixando a pena em abstrato considerando a relevância do bem jurídico protegido, a segunda refere-se à atividade do Juiz, que deve, fundamentadamente, aplicar a pena justa ao agente do delito, e a terceira refere-se ao cumprimento da sanção penal, observando-se individualmente os parâmetros de reabilitação social do sentenciado.

A aplicação da justa sanção penal, devem ser considerados outros princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal, dentre os quais: o da isonomia (*caput*), o da

legalidade ou da reserva legal (inciso XXXIX); o da personalidade ou da pessoalidade (inciso XLV); o da vedação à pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (inciso XLVII, alíneas “a” e “b”); o da humanização das penas, que proíbem a aplicação de penas cruéis, de trabalhos forçados, e o banimento (inciso XLVII); o de respeito à integridade física e moral aos presos (inciso XLIX).

Cabe ressaltar que a pena possui caráter de ressocialização do condenado, embora essa não seja a atual realidade diante da precariedade do sistema carcerário, no qual não há estabelecimentos adequados, ocasionando a chamada falência da pena de prisão no Brasil, questão que não pode ser desconsiderada na dosimetria da pena.

Segundo Schimitt (2015, fl. 97), *não podemos falar em ressocialização do condenado, pois apesar do sistema carcerário não alcançar esse objetivo – em decorrência da falência da pena de prisão – tal questão não se esgota aí, pois ao vivermos num mundo do faz de conta, não temos como ressocializar quem nunca esteve socializado (integrado na sociedade).*

Tem-se, assim, que a dosimetria da pena se insere em um juízo de discricionariedade do julgador, cabendo a este individualizar, fundamentadamente, a pena, considerando o *quantum* estabelecido pelo legislador para cada tipo penal, as circunstâncias fáticas do delito e as condições pessoais de cada sentenciado distintamente, o que, nos termos do art. 68 do Código Penal, deve ser realizado em três fases de dosimetria.

3.2 – O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade visa inibir abusos ou excessos advindos das funções inerentes ao Poder Público, evitando-se a intervenção estatal mais severa diante da liberdade individual, seja no tocante à atividade legislativa ou à atividade judicial, que deve observar os limites do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

No âmbito da atividade legislativa, as normas penais devem prever sanções proporcionais à lesão jurídica provocada pela conduta ilícita, evitando-se o excesso nas sanções aplicadas, em abstrato, aos delitos tipificados no Código Penal, bem como a

imposição de vedações legais genéricas e abstratas acerca do cumprimento da pena, sem a devida consideração das condições pessoais do agente e das circunstâncias do delito.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC n. 111.844/SP, acerca a vedação à aplicação de penas alternativas nas condenações por tráfico de drogas, esclarece que:

[...] dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.⁴

Em observância a este princípio, o Pleno do Superior Tribunal de Justiça, no AI no HC n. 239.363/PR, reconheceu a ausência de razoabilidade e julgou inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, inciso V, do Código Penal, considerando-se a evidente desproporção entre a gravidade da conduta, de vender remédio sem registro e a gravidade da pena cominada em abstrato, fixada de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, *verbis*:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.
4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.
5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

⁴ HC n. 111844 – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello, DJe-022 divulg 31-01-2013 public 01-02-2013.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.⁵

No tocante à atividade judicial, cabe ao juiz aplicar os coeficientes de aumento ou de redução de pena nas etapas da dosimetria com observância da razoabilidade em cada fração adotada, motivando devidamente os critérios de diminuição e de aumento de pena, que não devem ser excessivos ou ínfimos, mas individualizados considerando-se as condições pessoais do agente e as circunstâncias do crime.

Cabe registrar que, em relação às duas primeiras fases de dosimetria, o legislador não dispõe expressamente qual a fração a serem aplicadas, devendo o juiz escolhê-las, enquanto, para as causas de diminuição e aumento, em regra, a norma legal descreve frações mínimas e máximas a serem aplicadas, devendo sempre ser motivada majoração ou a redução da pena.

Para exemplificar, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena em condenações referentes ao crime de tráfico de drogas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO PELA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA E MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA APRECIADA APENAS COMO MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONFISSÃO. REDUÇÃO ÍNFIMA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.

3. Considerando que não houve o agravamento da pena pela reincidência, não existiu a dupla valoração negativa sobre a mesma condenação transitada em julgado, não resultando, por consequência, em bis in idem na exasperação da pena-base como maus antecedentes.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, mostra-se claramente desproporcional a redução, na segunda fase da dosimetria, pela atenuante da confissão em cerca de 1/14, devendo, pois, ser aumentada a fração redutora para 1/6, quantum considerado como razoável pela jurisprudência desta Corte. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a pena para 5 anos, 10 meses de reclusão, em regime fechado.⁶

⁵ AI no HC 239.363/PR – Corte Especial – Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/04/2015.

⁶ HC 177.836/RJ, – 6ª T. – Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, DJe 25/11/2015.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a exasperação da pena-base em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza do estupefaciente apreendido - 497,4 g de cocaína -, encontra-se devidamente justificado, mostrando-se proporcional ao caso, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior.

3. Habeas corpus não conhecido.⁷

Como se vê, nos julgados acima transcritos, considerou-se claramente desproporcional a redução, na segunda fase da dosimetria, pela atenuante da confissão em cerca de 1/14, determinando a adoção da fração redutora de 1/6, considerada como razoável pela jurisprudência daquela Corte, bem como se considerou razoável a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida.

Verifica-se, assim, que, respeitado o livre convencimento do juiz, a quantificação realizada nas três fases de dosimetria pode ser revista pelos Tribunais, desde que manifesta a desproporcionalidade dos coeficientes adotados para a redução ou exasperação da pena, em relação à pena cominada, em abstrato, para a conduta ilícita tipificada.

3.3 – O Princípio do *Non Bis In Idem*

Pelo princípio do *non bis in idem*, veda-se a dupla ou a múltipla valoração da mesma circunstância judicial nas três fases de dosimetria, quais sejam, a fixação da pena-base, a aplicação de atenuantes e agravantes e a aplicação de minorantes e majorantes.

⁷ HC 309.248/SP – 5ª T. unânime – Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 27/10/2015.

Por exemplo, a mesma condenação anterior com trânsito em julgado não pode ser considerada na primeira fase como antecedentes e na segunda fase como reincidência para agravar a pena, podendo, contudo, havendo duas ou mais condenações aptas a configurar a agravante, uma ser usada como reincidência e as demais como circunstância judicial, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

A esse respeito, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PERCENTUAL DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. PROPORCIONALIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. (Súmula 07/STJ).

II - A presença de duas condenações transitadas em julgado - uma utilizada para elevar a pena-base e outra servindo de sustentação ao reconhecimento da reincidência - afasta a alegação de bis in idem.

Agravo regimental desprovido.⁸

No tráfico de drogas, deve-se evitar a valoração cumulativa da natureza e da quantidade droga na primeira e terceira fase de individualização da pena, nos termos do acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado sob o rito da repercussão geral, no ARE n. 666.334/AM, assim ementado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. **Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem.** Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.⁹

Contudo, a natureza pode ser valorada na primeira fase, como circunstância judicial, e a quantidade da droga pode ser considerada na terceira etapa de dosimetria para afastar a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou vice-versa, desde que não cumulativamente.

Ademais, verifica-se que *a orientação deste STJ é de que não configura bis in idem a utilização da reincidência para agravar a pena e para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006*¹⁰, bem como que: *Não há falar em*

⁸ AgRg no AREsp n. 570.156/SC – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Félix Fischer, DJe 04/03/2016.

⁹ ARE n. 666334 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06-05-2014.

¹⁰ AgRg no AREsp n. 628.603/MG – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 09/03/2016.

bis in idem na utilização da quantidade do entorpecente para exasperar pena-base e fixar o regime inicial mais severo.¹¹

Reconhecida a ilegalidade por ocorrência de *bis in idem*, a pena deve ser devidamente ajustada, afastando-se a aplicação de uma das valorações realizadas cumulativamente, redimensionando-se a pena.

3.4 – O Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica

O artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal dispõe que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*, razão pela qual a edição de norma penal mais benigna ao acusado deve retroagir para atingir fatos ocorridos anteriormente à sua criação.

Quanto ao tráfico de drogas, a Lei n. 11.343/2006 trouxe disposições mais severas, como o aumento de sua pena mínima para 10 anos de reclusão, que era de 5 anos na vigência do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, bem como normas mais benéficas, tal como a minorante referente ao tráfico privilegiado.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.094.499/MG, pacificou a sua jurisprudência no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76, por acórdão assim ementado:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. ORIENTAÇÃO PREVALENTE NO PRETÓRIO EXCELSO. PRECEDENTES. NOVA LEI QUE SE AFIGURA, NA INTEGRALIDADE, MAIS BENÉFICA.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada

¹¹ AgRg no REsp n.1317838/SP– 6º T. unânime – Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado Do TJ/SP), DJe 16/03/2016.

ao novo apenamento previsto no caput do art. 33. III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita. Documento: 10261233 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 18/08/2010 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça .

VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.

VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muñoz Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina. VIII - A orientação que prevalece atualmente na jurisprudência do Pretório Excelso - em ambas as Turmas - não admite a combinação de leis em referência (RHC 94806/PR, 1ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 98766/MG, 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, DJe de 05/03/2010 e HC 96844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 05/02/2010).

IX - No caso concreto, afigurar-se mais benéfico ao embargado a aplicação da nova lei, aí incluída a incidência da minorante, reconhecida em seu favor e, neste ponto, transitada em julgado para a acusação, no patamar de 1/2 (metade), totalizando a pena 03 (três anos de reclusão). Embargos de divergência providos.

Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006.

Tal entendimento foi consolidado posteriormente pela edição do enunciado n. 501 da Súmula do STJ, segundo o qual: *É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.*

Deve o julgador, portanto, avaliar qual a situação legislativa é mais favorável ao acusado, se a aplicação integral da Lei n. 6.368/76, com pena de 3 a 15 anos (art. 12), ou a aplicação do artigo 33 da nova lei, cujo preceito secundário varia de 5 a 15 anos, com a causa de diminuição prevista no seu § 4º, que enseja a redução da pena de um sexto a dois terços, aplicando a norma que for mais benigna ao acusado.

3.5 – O Princípio da Insignificância

A insignificância é causa supralegal excludente da tipicidade, tendo-se em vista a ausência de prejuízo efetivo, diante da pequena gravidade dos danos causados à sociedade pela conduta do agente, que leva à absolvição do acusado.

Para Nucci (2015, fl. 181), *Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como ultima ratio, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatela.*

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 112.378/DF, pacificou sua jurisprudência no sentido de que é possível a aplicação do referido princípio se estiverem presentes, de forma cumulada, os seguintes requisitos objetivos e subjetivos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, *verbis*:

Habeas Corpus. Penal. Furto qualificado. Incidência do princípio da insignificância. Inviabilidade. Crime praticado mediante o rompimento de obstáculo e em concurso de agentes. Ordem denegada. É entendimento reiterado desta Corte que a aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. As peculiaridades do delito - praticado mediante a destruição de obstáculo (rompimento de uma cerca) e em concurso de agentes (5 corréus) -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento e relevante periculosidade da ação, fato este suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância. Ordem denegada.¹²

Contudo, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação ao crime de tráfico de drogas, considerando-se a sua característica de crime de perigo abstrato ou presumido, *verbis*:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - TRÁFICO DE DROGAS. O fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga - três gramas - não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga em penitenciária para venda a detentos. PENA - DOSIMETRIA. Surge devidamente fundamentada sentença que, entre o mínimo de três anos e o máximo de quinze, implica a fixação da pena-base em seis anos de reclusão, consideradas as circunstâncias do crime - prática junto a detentos de estabelecimento prisional e a personalidade do agente.¹³

O Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo entendimento, independentemente da quantidade de droga apreendida com o agente, *verbis*:

¹² HC n. 112378 – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-183 divulg 17-09-2012 public 18-09-2012.

¹³ HC n. 87319 / PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15-12-2006.

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE. PRECEDENTES.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante.
3. Habeas corpus não conhecido.¹⁴

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida. Precedentes do STJ.
2. Recurso ordinário improvido.¹⁵

Assim, embora o princípio da insignificância devesse ser aplicável a qualquer conduta cuja lesividade fosse irrelevante para a sociedade, no caso do crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, impossível o seu reconhecimento, inclusive quando a quantidade de droga for ínfima.

¹⁴ HC 195.985/MG – 6ª T. unânime – Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 18/06/2015.

¹⁵ RHC 57.761/SE – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 07/10/2015.

4. A DOSIMETRIA DA PENA EM CONCRETO NOS CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS

O artigo 68 do Código Penal dispõe que:

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.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua

A norma legal define que, para a realização da dosimetria da pena, deve-se seguir três etapas distintas, quais sejam, a primeira, em que devem ser analisadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a segunda, em que as atenuantes (artigos 65 e 66 do CP) e agravantes (artigos 61 e 62 do CP) devem ser valoradas, bem como a terceira, na qual são consideradas as causas de diminuição e de aumento da pena, previstas na parte geral e especial do Código Penal.

Além das três fases de fixação da pena, deve-se fixar a pena de multa (art. 49 do CP), o regime inicial de cumprimento de pena (art. 33 do CP), verificar a possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva de direitos (art. 44 do CP) e de suspensão condicional da pena (art. 77 do CP), bem como definir a pena nos casos de concurso formal, material e de continuidade delitiva (arts. 69, 70 e 71 do CP), etapas que merecem estudo detalhado.

4.1 – A Pena-base

O artigo 59 do Código Penal prevê que:

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:

Como se vê, na primeira fase de dosimetria, devem ser valoradas as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima.

A culpabilidade se refere ao grau de reprovabilidade da conduta, sendo necessária existência de *plus* a demonstrar maior censurabilidade, não sendo possível valorar negativamente tal circunstância apenas com base nas elementares do próprio tipo penal ou em referência abstratas quanto à gravidade do delito. A esse respeito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. OCORRÊNCIA. CULPABILIDADE, MOTIVOS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORADAS NEGATIVAMENTE DE FORMA GENÉRICA E COM BASE EM ASPECTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DE TAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.

I - Há flagrante ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, aprecia negativamente vetores ínsitos ao próprio tipo penal ou apresenta fundamentação sustentada em afirmações genéricas ou vagas.

II - In casu, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em virtude da valoração negativa da culpabilidade, dos motivos e do comportamento da vítima não apresenta fundamentação concreta, já que lastreada em aspectos genéricos e ínsitos ao tipo penal.

Agravo regimental desprovido.¹⁶

Os antecedentes relacionam-se com a vida pretérita do acusado, seu envolvimento em atividades ilícitas anteriores, sendo que somente condenações penais anteriores ao fato delituoso com trânsito em julgado servem para configurar maus antecedentes, tendo-se em vista o princípio constitucional da não culpabilidade.

Nesse sentido, é o enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, sendo o qual: *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*

Não se deve valorar negativamente a mesma condenação como antecedentes e como reincidência, sob pena de se incorrer em *non bis in idem*, podendo-se, no entanto, utilizar-se uma ou mais condenações para exasperar a pena-base e outra ou outras, desde que distintas das utilizadas na primeira fase, como agravante de reincidência. Confirma-se o enunciado n. 241 da Súmula do STJ: *A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.*

¹⁶ AgRg no AREsp 577.353/SP – 5ª T. unânime –, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 26/02/2016.

Vale lembrar que a comprovação dos antecedentes criminais pode ser feita tanto por certidão cartorária judicial ou por folha de antecedentes criminais, bem como que, embora a pena extinta há mais de cinco anos não sirva para configurar a reincidência, pode ser valorada como maus antecedentes, nos termos da jurisprudência do STJ, segundo a qual *condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.*¹⁷

Não se incluem como antecedentes a sentença extintiva da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, embora extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória possa ser considerada como maus antecedentes, e pelo o perdão judicial, em decorrência do enunciado n. 18 da Súmula do STJ, segundo a qual *a sentença concessiva do perdão judicial e declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.*

Também não são consideradas as sentenças advindas de transação penal ou de suspensão condicional do processo, por expressa disposição legal do art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei n. 9.099/95, nem condenações por crimes militares e por crimes políticos, pois a lei as exclui do conceito de reincidência, como será visto adiante. As condenações por atos infracionais, segundo Shimitt (2015, fl. 108), *não servem para configurar antecedentes criminais, ainda que a decisão tenha transitado em julgado*, embora tal entendimento não seja unânime da jurisprudência.

A conduta social refere-se aos fatos da vida do sentenciado, no meio social, tarefa complexa que segundo Schimitt (2015, fl. 119), *conduz a um juízo de valorativo que acaba por estabelecer como parâmetros as condutas sociais concernentes à realidade do juiz, muitas vezes diametralmente oposta à do acusado.*

Tal circunstância deve ser valorada negativamente com base nas provas colhidas nos autos, com a demonstração de elementos concretos de um comportamento habitual desfavorável ao sentenciado, não se podendo levar em conta, para tanto, inquéritos policiais e ações penais em curso, nos termos do enunciado sumular n. 444/STJ.

A personalidade do agente refere-se ao caráter do agente, sua índole e temperamento, sendo sua análise de alta complexidade, a qual exige habilitação técnica que, normalmente, o juiz não possui. Como já se disse, inquéritos policiais e ações penais em curso não justificam a valoração negativa da personalidade do agente, nem expressões como

¹⁷ HC 297.783/MS – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02/02/2016.

“personalidade voltada para o crime”, “agressiva”, “desajustada”, desvinculada de elementos concretos.

Motivos do crime são as razões intrínsecas que levaram à conduta criminosa, diversos dos normais à espécie e das elementares do tipo penal, sendo que existem motivos previstos no Código Penal como atenuantes e agravantes, os quais, embora possam ser reconhecidos na primeira fase, devem ser valorados na segunda fase de dosimetria, para se evitar o *bis in idem*.

As circunstâncias do crime relacionam-se com o *modus operandi* empregado para a prática do delito, desde que não integrem o tipo penal, sob pena de *bis in idem*, devendo o juiz fundamentar a sua valoração negativa com base em elementos concretos para não incorrer em nulidade.

As consequências do crime são os efeitos da conduta do agente, os quais também devem ser diversos do resultado do próprio tipo penal, avaliando-se o grau de intensidade da lesão jurídica causada à vítima, com base em elementos concretos e comprovados nos autos. Como exemplo Schimitt (2015, fl. 131) descreve que *A morte de um pai de família, o qual deixou cinco filhos menores e a esposa grávida e desempregada, revela a materialização prejudicial da conduta do agente, que vai além da ‘simples’ morte da vítima punida pelo tipo.*

O comportamento da vítima consiste em valorar se essa contribuiu, de alguma forma, para a prática do delito, o que pode ocorrer quanto há instigação, provocação, ou facilitação da prática delituosa, o que resulta em uma circunstância favorável ao agente que deve ser atestada pelo juiz. Caso não haja contribuição da vítima, essa circunstância deve ser considerada neutra, cabendo registrar que a agressão da vítima leva, na maioria das vezes, ao reconhecimento da legítima defesa e à não aplicação de uma pena, bem como que, em alguns casos, a injusta provocação da vítima caracteriza causa de diminuição da pena, devendo ser sopesada na terceira fase de dosimetria, como nos casos do artigo 121, § 1º, do Código Penal.

O artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, por sua vez, dispõe:

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.

Assim, no delito de tráfico de drogas, devem ser também valoradas para a fixação da pena-base a natureza e a quantidade da substância apreendida, que conjuntamente com a personalidade e a conduta social do agente, deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Contudo, nos termos da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O grau de pureza da droga é irrelevante para fins de dosimetria da pena. Essa a conclusão da Segunda Turma, que indeferiu a ordem em habeas corpus' impetrado em favor de denunciado pela suposta prática do crime descrito no art. 33, 'caput', c/c o art. 40, I e III, todos da Lei 11.343/2006. A defesa sustentava que deveria ser realizado laudo pericial a aferir a pureza da droga apreendida, para que fosse possível verificar a dimensão do perigo a que exposta a saúde pública, de modo que a reprimenda fosse proporcional à potencialidade lesiva da conduta. A Turma entendeu ser desnecessário determinar a pureza do entorpecente. De acordo com a lei, preponderam apenas a natureza e a quantidade da droga apreendida para o cálculo da dosimetria da pena. HC 132909/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.3.2016. (HC-132909).¹⁸

Quanto à dosagem da pena-base, tem-se que a norma penal não delimita o critério a ser adotado, deixando a critério do julgador a dosagem da pena diante dos fatos concretos e dos aspectos pessoais do sentenciado, discricionariedade que não se confunde com arbitrariedade, pois deve ser aplicada com observância do princípio da proporcionalidade.

Para Schimitt (2015, fl. 152):

O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo de pena previsto em abstrato no tipo (máximo-mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado do intervalo de pena em abstrato por 8 (oito), pois este é o número de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Além das três fases de fixação da pena, deve-se fixar a pena de multa (art. 49 do CP), o regime inicial de cumprimento de pena (art. 33 do CP), verificar a possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva de direitos (art. 44 do CP) e de suspensão condicional da pena (art. 77 do CP), bem como definir a pena nos casos de concurso formal, material e de continuidade delitiva (arts. 69, 70 e 71 do CP).

4.2 – Atenuantes e Agravantes

Na segunda fase de dosimetria, devem ser valoradas as atenuantes e as agravantes incidentes no caso concreto. As circunstâncias atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

¹⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo818.htm>.

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença
 - II - o desconhecimento da lei;
 - III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.
- Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

E as agravantes estão dispostas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, *verbis*:

- Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
- I - a reincidência;
 - II - ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe;
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
 - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
 - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
 - h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
 - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
 - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
 - l) em estado de embriaguez preordenada.
- Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
 - II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
 - III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
 - IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa

Como se vê, as circunstâncias agravantes estão dispostas pela Código Penal em rol taxativo, enquanto as atenuantes possuem rol exemplificativo, podendo ser reconhecida em virtude de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, não prevista expressamente em lei.

São circunstâncias atenuantes: a) ser o agente menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 na data da sentença; b) o desconhecimento da lei; c) ter agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; d) ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar ou minorar as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; e) ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; f) ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e g) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

São circunstâncias agravantes, além da reincidência, ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

São, ainda, agravantes as hipóteses em que o agente: a) promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; b) coage ou induz outrem à execução material do crime; c) instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; d) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

As atenuantes e agravantes podem vir também dispostas também em leis especiais, para serem aplicadas em tipos específicos, tal como previsto nos artigos 14 e 15 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), 56 da Lei n. 6001/73 (Estatuto do Índio), e 76 da Lei n. 8.078/90 (Código do Consumidor).

Conforme o entendimento jurisprudencial predominante, na segunda etapa de dosimetria, a pena não deve ficar aquém do mínimo legal, nos termos do enunciado n. 231 do

STJ, segundo o qual: *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nem além do máximo legal.* Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA FIXADA ALÉM DO MÁXIMO COMINADO EM ABSTRATO PELO TIPO PENAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Da mesma forma que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode acarretar a redução da pena a patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal - enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça -, a presença de circunstâncias agravantes também não autorizam o aumento da reprimenda além do patamar máximo estabelecido no preceito secundário. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar o aumento promovido na segunda etapa da dosimetria, fixando a pena definitiva do paciente em 30 (trinta) anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória.¹⁹

Segundo Schmitt (2015, fl. 226) essa limitação deveria ser aplicada somente na primeira etapa de dosimetria, pois:

No entanto, diante da adoção pelo legislador do sistema trifásico, não subsiste essa razão de ser, vez que as circunstâncias atenuantes e agravantes são analisadas na segunda fase de aplicação da pena, depois de já ter sido fixada a pena-base, a partir da análise isolada das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), não revelando qualquer óbice à sua redução ou majoração fora dos limites em abstrato previstos.

Noutro passo, embora o legislador não tenha definido o *quantum* aplicável para valorar cada circunstância, a jurisprudência dos Tribunais Superiores considera o coeficiente imaginário de 1/6 como mais adequado, contudo a quantificação de cada atenuante ou agravante fica a critério do Juiz, respeitada a sua atividade discricionária, desde que seja realizada de maneira fundamentada e proporcional. A esse respeito:

¹⁹ HC n. 279.197/SP – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 02/05/2014.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA SOBEJANTE. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA.

AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA RECIDIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO. OCORRÊNCIA.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não há falar em ofensa ao sistema trifásico, ante a utilização das qualificadoras sobejantes, que não foram utilizadas para qualificar o delito, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6, requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido.²⁰

Cabe registrar que, considerando o sistema trifásico estabelecido pelo legislador, o valor fixado na segunda etapa de dosimetria não deve ser inferior ao estabelecido na primeira fase, incidindo sobre o que for maior, o intervalo da pena em abstrato ou a pena-base, pois, segundo Schimitt (2015, fl. 203), *se existe uma circunstância judicial desfavorável que será valorada na primeira etapa do processo de dosimetria, a pena-base resultante não poderá ser superior à hipótese de postergarmos esta valoração para a segunda etapa, que é hierarquicamente superior, sob pena de ferirmos o próprio sistema trifásico.*

Nos termos do artigo 67 do Código Penal, havendo concurso de atenuantes e agravantes, devem preponderar a personalidade do agente, os motivos determinantes do crime e a reincidência, nesta ordem, as quais devem sobressair no momento de valoração da pena intermediária, perdendo, contudo, parte de sua força integral se fosse considerada isoladamente.

Assim, se considerarmos o coeficiente imaginário de 1/6, adotado pelos Tribunais Superiores, deve ser considerado o patamar de metade, qual seja de 1/12, no caso de haver concurso entre agravantes e atenuantes, para a exasperação referente à circunstância preponderante, que perde parte de sua força inicial.

As circunstâncias preponderantes referentes à personalidade do agente são as atenuantes previstas no artigo 65, inciso I, do Código Penal, enquanto os motivos determinantes do crime podem referir-se à circunstância atenuante prevista no artigo 61,

²⁰ HC 197.682/RJ – 6ª T. unânime – Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 03/12/2015.

inciso II, alínea “a”, ou a agravantes, previstas no artigo 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal.

A reincidência, por sua vez, refere-se, nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal, refere-se à existência de condenação do acusado por crime anterior do acusado com trânsito em julgado há menos de cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional se não houver revogação, desde que não provenientes de contravenção, crimes militares ou crimes políticos.

Essa circunstância deve ser comprovada por certidão cartorária ou folha de antecedentes criminais, devendo ser aplicada na segunda fase de dosimetria, com observância do princípio do non bis in idem, a teor do enunciado n. 241 da Súmula do STJ, segundo o qual *A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.*

O Supremo Tribunal Federal considera que a confissão, por ser posterior ao cometimento do crime, não tem relação com ele, motivo pelo qual não deve ser incluída como circunstância preponderante, *verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. 1. Não há nulidade na decisão que fixa a pena-base considerando fundamentação idônea, na qual estão compreendidas a propensão do Recorrente à reiteração delitiva e a inexistência nos autos de elemento a evidenciar que as vítimas teriam contribuído para a prática do crime. A sentença deve ser lida em seu todo. Precedentes. 2. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. **A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.** 4. Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de bis in idem. Precedentes. 5. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não inovou ao apreciar a dosimetria da pena na sentença condenatória; analisou seus fundamentos para mantê-la. Não há reformatio in pejus. 6. Recurso ao qual se nega provimento.²¹

²¹ RHC 115994 – 2ª T. – Rel. Min. Cármen lúcia, DJe-070 divulg 16-04-2013 public 17-04-2013.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça entende que esta inclusão ocorre, devendo-se compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, *verbis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE E COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. OBRIGATORIEDADE. PACIENTE REINCIDENTE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

2. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a conveniência do regime inicial fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda corporal do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.²²

Definindo-se a pena intermediária na segunda fase de dosimetria, deve-se passar para a terceira etapa, na qual devem ser valorados as causas de diminuição e de aumento da reprimenda.

4.3 – Causas de Diminuição e de Aumento da Pena

Na terceira fase de dosimetria, incidem as causas de diminuição e de aumento de pena, previstas patamares fixos ou intervalos de valores estabelecidos tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal, que podem, conforme a jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores reduzir a pena aquém do mínimo legal ou além do máximo legal em abstrato. A esse respeito:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA (ART. 10 DA LEI Nº 9.437/97). ATENUANTE GENÉRICA: CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ALÍNEA "D" DO INCISO III DO ART. 65 DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea (alínea "d" do inciso III do art. 65 do

²² HC 339.223/SC – 6ª T. unânime – Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 02/03/2016.

Código Penal) não tem a força de reduzir a pena privativa de liberdade a um patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal. Noutros termos: **ao contrário das causas de diminuição e de aumento da pena (art. 68 do CP), as circunstâncias atenuantes não se prestam à redução da pena aquém do seu limite mínimo. Inexistência de violação à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).** Precedentes: HCs 77.912, 78.296 e 85.673, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; HC 93.071, da relatoria do ministro Menezes Direito; HC 93.511, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 93.957, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; e HCs 71.051 e 73.924, da relatoria do Ministro Marco Aurélio. 2. Ordem denegada.²³

Havendo minorantes e majorantes com intervalos de valores entre o patamar mínimo e máximo a ser aplicado, cabe ao julgador, de maneira fundamentada, individualiza-la tendo em vista elementos do caso concreto.

Dentre as causas de diminuição prevista na parte geral do Código Penal, tem-se a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, e parágrafo único, segundo o qual se deve punir a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, devendo-se considerar o *iter criminis* percorrido pelo autor do fato delituoso para fixação do coeficiente a ser aplicado

Nesta etapa de dosimetria, devem ser aplicadas as causas de aumento referentes ao concurso material e formal de crimes, bem como à continuidade delitiva, dispostos nos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal, que assim dispõem:

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.

§ 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.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

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.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como

²³ HC 94409 – 1ª T. – Rel. Min. Carlos Britto, DJe-177 divulg 18-09-2008 public 19-09-2008.

continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços

Como se vê, no concurso material e no concurso formal impróprio, em que há desígnios autônomos, as penas dos crimes individualmente cominadas para cada crime devem ser somadas.

No concurso formal próprio e na continuidade delitiva deve ser adotado critério mais benéfico ao acusado, adotando-se uma das penas individualizadas ou a mais grave majorada no patamar de um sexto até metade no concurso e de um sexto a dois terços na continuidade.

A jurisprudência dos Tribunais superiores firmou-se no sentido de que os coeficientes estipulados pela lei devem ser aplicados no concurso formal próprio e na continuidade delitiva.

Assim, no concurso formal deve-se utilizar o seguinte critério: 2 crimes - o aumento de 1/6; 3 crimes - 1/5; 4 crimes - aumento de 1/4; 5 crimes - aumento de 1/3; e 6 ou mais crimes - aumento de 1/2.

Quanto à continuidade delitiva, *dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.*²⁴

Quando houver concurso de minorantes e majorantes previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal, todas devem ser aplicadas no caso concreto. Contudo, segundo Schmitt (2015, fl. 237), *quando houver concurso de causas de diminuição e de aumento de pena entre si previstas na parte especial do Código Penal, poderá o Juiz aplicar o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.*

Pode o julgador, assim, limitar-se a aplicar só uma diminuição ou majoração, prevalecendo a que mais reduza ou majora a pena, nos termos parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 68. [...]

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua

²⁴ AgRg no REsp n. 1169484/RS – 5ª T. unânime – Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 16/11/2012.

Não se deve, por fim, confundir-se majorantes com qualificadoras, que estão sempre previstas na parte especial do Código Penal, e alteram a própria pena em abstrato, diante do maior grau de lesividade da conduta criminosa, podendo, nas hipóteses em que existirem mais de uma qualificadora, ser aplicadas na segunda fase, se previstas também como agravantes, ou na primeira fase, se não tiverem previsão nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

Cabe ressaltar que a Lei n. 11.343/2006 prevê causa de diminuição e causas de aumento nos seus artigos 33, § 4º, e 40, incisos I a VII, *verbis*:

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.

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;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

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;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

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;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

A causa de diminuição prevista na Lei de Drogas incide nos casos em que o agente comete o delito de tráfico pela primeira vez, é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, ensejando uma redução de 1/6 a 2/3 da pena, que deve ser aplicada fundamentadamente pelo julgador pelo critério discricionário.

Cabe ressaltar que, mesmo aplicada a minorante, o tráfico de drogas permanece sendo considerado equiparado a crime hediondo, submetendo-se as regras previstas na Lei n. 8.072/90, tais como referentes à fiança, à anistia, à graça, ao indulto e à progressão de regime. As normas referentes à imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena e à vedação de aplicação de penas alternativas e *sursis* foram julgadas inconstitucionais e afastadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores

De outro lado, o artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, prevê o aumento de pena de 1/6 a 2/3 da pena para as hipóteses elencadas, dentre as quais, a primeira refere-se à prática de tráfico transnacional, que enseja a competência da Justiça Federal, bastando, para sua configuração, a prova de sua destinação internacional, ainda que não consumada a transposição de fronteiras. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REVISÃO DO CRITÉRIO DE DANOSIDADE. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. CERTIDÃO CARTORÁRIA. NÃO OBRIGATORIEDADE. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO APLICAÇÃO. TRÁFICO TRANSNACIONAL. TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A valoração da danosidade social pelo quantum da droga apreendida representa revisão de critério probatório, descabida na via do habeas corpus.

3. O registro de condenação transitada em julgado em folha de antecedentes criminais é suficiente para a caracterização da reincidência, não sendo obrigatória a apresentação de certidão cartorária.

4. Não incide a minorante do tráfico privilegiado quando o agente ostenta maus antecedentes, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/06.

5. A majorante do tráfico transnacional de drogas se configura com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.

6. Habeas corpus não conhecido.²⁵

A segunda causa de aumento refere-se à prática do delito com prevalência de função pública, tal como na hipótese de agente que possua cargo relacionado com a repressão da criminalidade, ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância.

A terceira majorante refere-se ao tráfico praticado em determinados locais, tendo-se em vista a potencial maior lesividade da conduta em aglomerados de pessoas, onde a comercialização da droga possa atingir um maior número de pessoas, tais como, nas

²⁵ HC 212.789/SP– 6ª T. unânime – Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 21/10/2014.

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 quarta causa de aumento refere-se à intimidação difusa ou coletiva que a prática do delito pode ocasionar quando é praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, o que acontece na hipótese em que ocorre o toque de recolher determinado pelo autor do tráfico.

O tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal representa circunstância mais grave, predominando, assim como no tráfico internacional, na jurisprudência o entendimento de que não necessária a efetiva transposição das fronteiras para a configuração do crime, bastando a destinação interestadual. A esse respeito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006.

INTERESTADUALIDADE. DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS.

PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, a demonstração da intenção do agente de realizar o tráfico interestadual justifica a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, revelando-se desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras, como na hipótese (precedentes).

Agravo regimental desprovido.²⁶

Ademais, *A causa de aumento de pena disposta no art. 40, V, da Lei 11.343/06, traz critério concreto e objetivo para a majoração da prática do tráfico interestadual. Desta feita, deve-se tomar em conta que o aumento aplicado pelo magistrado deve guardar relação com o número de Estados-membros envolvidos*²⁷

A sexta causa de aumento refere-se à prática de tráfico com envolvimento ou visando atingir criança (menor de 12 anos) ou adolescente (menor de 18 anos) ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, tendo em vista a reduzida capacidade de resistência dessas pessoas, seja por seu desenvolvimento incompleto ou em decorrência de distúrbios ou perturbações, sendo que o

²⁶ AgRg no HC n. 322.283/MS – 5ª T. unânime –, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 15/12/2015.

²⁷ HC 197.657/MG – 6ª T. unânime – Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 15/02/2016.

tipo prevê tanto o ato de trazer o menor para o tráfico quanto ter o menor como meta para o uso de drogas.

Para Nucci (2014, fl. 376):

[...], para a aplicação desta causa de aumento, torna-se fundamental considerar a não configuração do crime de corrupção de menores (art. 244-B, Lei 8.069/90). Afinal, se esta figura típica estiver presente, haverá concurso material com o delito de tráfico de drogas, em qualquer de suas formas (arts. 33 e 37), sem a incidência da causa de diminuição do inciso V. Entretanto, se a criança ou o adolescente já estiver corrompido, deixa de se configurar a infração penal do art. 244-B da Lei 8.069/90, valendo, então, a aplicação da causa de diminuição do inciso V do art. 40 da Lei 11.343/2006.

A última causa de aumento aplica-se quando o agente financiar ou custear a prática do crime, devendo-se evitar o *bis in idem* com a hipótese prevista no artigo 36 da Lei de Drogas, que incide sobre os crimes previstos nos artigos 33, caput, § 1º, e 34 da mesma lei. Assim a majorante deve incidir se o agente financiar os crimes previstos nos artigos 33, §§ 2º e 3º, 35 e 37 da Lei n. 11.343/2006.

Ressalte-se, por fim, que não deve ser utilizado mero critério matemático para a fixação do coeficiente aplicável para majorar a pena, cabendo ao julgador fundamentar a fixação de patamar superior ao mínimo legal, qual seja, a fração de 1/6, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena.

Após a valoração das causas de diminuição e de aumento da pena, fixa-se a pena a pena privativa de liberdade definitiva, devendo-se, ainda, fixar a pena de multa nos casos em que prevista no preceito secundário do tipo penal.

4.4 – A Pena de Multa

Para Schimitt (2015, fl. 263), *A pena de multa nada mais é do que uma sanção penal prevista isolada ou cumulativamente em determinados tipos legais, sendo que consiste no pagamento ao fundo penitenciário do valor fixado na sentença, possuindo referência na quantidade de dias-multa estabelecido e no valor atribuído para cada dia-multa.*

O artigo 49 do Código Penal dispõe:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

A norma legal estabelece que a pena de multa deve ser fixada no patamar de 10 a 360 dias-multa, considerando-se o valor do dia-multa não inferior a um trigésimo nem superior a 5 vezes o valor do maior salário mínimo nacional ao tempo do fato, corrigido, no momento da execução, pelos índices de correção monetária.

Assim, para a fixação da pena de multa, deve-se utilizar duas etapas distintas, a primeira em que se avalia a quantidade de dias-multa, utilizando-se as três fases previstas no artigo 68 do Código Penal, quais sejam, a análise das circunstâncias judiciais, a análise de circunstâncias atenuantes e agravantes e a análise de causas de diminuição e de aumento de pena, utilizando-se os mesmos patamares fixados para a obtenção da pena privativa de liberdade, sob pena de ofensa do princípio da proporcionalidade.

Na segunda etapa, fixa-se o valor de cada dia-multa, considerando-se, de forma motivada, a situação econômica do réu, nos termos do artigo 60 do Código Penal, podendo ser aumentada até o triplo se, em virtude da situação econômica do acusado, for ineficaz mesmo aplicada no máximo.

Contudo, no caso do tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), o legislador estabeleceu, no preceito secundário da norma legal, patamar diverso do previsto no Código Penal, qual seja, o de 500 a 1.500 dias-multa, o qual deve ser considerado na primeira etapa de dosimetria nessas hipóteses.

Nos termos do artigo 50 do Código Penal, a multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença, podendo ser paga, a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, em parcelas mensais.

O artigo 51 do Código Penal dispõe que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, considera-se a pena de multa será considerada dívida de valor, em relação à qual deve ser aplicada a legislação referente à dívida ativa da Fazenda Pública, não havendo, portanto, a sua conversão em pena privativa de liberdade em caso de inadimplemento.

Cabe registrar que a jurisprudência do Superior é pacífica no sentido de que o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, tendo-se em vista que esta sanção possui caráter extrapenal. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. Extinta pelo seu cumprimento a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei n. 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal, de modo que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.

3. Recurso especial representativo da controvérsia provido, para declarar extinta a punibilidade do recorrente, assentando-se, sob o rito do art. 543-C do CPC a seguinte TESE: **Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.**²⁸

Fixada a pena de multa, deve-se aplicar o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade nos termos do artigo 59, inciso III, do Código Penal.

4.5 – O Regime Inicial para o Cumprimento de Pena

O artigo 33 do Código Penal prevê:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

²⁸ REsp n. 1519777/SP – 3ª Seção – Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 10/09/2015.

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

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais

Como se vê, a pena privativa de liberdade divide-se em penas de reclusão, destinada para delitos mais graves, de detenção, imposta para crimes mais leves, e de prisão simples, destinada às contravenções penais. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, a detenção cumpre-se em regime semiaberto ou aberto e a prisão simples deve ser em regime aberto.

No regime fechado o sentenciado fica privado de sua liberdade de locomoção, recolhido em estabelecimento penitenciário, no semiaberto, a pena deve ser cumprida com menor vigilância, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e, no regime aberto, a execução deve ocorrer em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Deve-se, assim, fixar-se, na sentença condenatória, o regime prisional inicial para o cumprimento da pena, considerando-se os patamares estabelecidos na norma legal e a reincidência, atividade que não prescinde da devida fundamentação com base nos elementos concretos colhidos nos autos e deve ser realizada com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Em regra, o condenado a pena superior a oito anos deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, o condenado a pena superior a quatro anos que não exceda oito anos poderá o cumprimento em regime semiaberto, e o condenado a pena igual ou inferior a quatro anos poderá iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Contudo a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no artigo 59 do Código Penal pode conduzir o réu não reincidente ao cumprimento de regime inicial mais rigoroso, desde que haja motivação idônea, embasada em fatos concretos, não servindo, para tanto, a opinião do julgador acerca da gravidade em abstrato do delito, nos termos dos enunciados n. 718 e 719 do STF, *verbis*:

Súmula 718 do STF: a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719 do STF: a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

O agente reincidente possui regra específica, segundo a qual deve ser aplicado o regime inicial imediatamente mais rigoroso do que o previsto para os apenados primários,

motivo pelo qual, diante da reincidência, deve-se fixar-se o regime fechado ao condenado a pena superior a quatro anos que não exceda oito anos, se o crime for punido com reclusão. Se o crime for punido apenas com detenção o julgador deve fixar necessariamente o regime semiaberto.

Ao condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, se o crime for punido com detenção, o juiz deve fixar obrigatoriamente o regime semiaberto, por ser o imediatamente mais gravoso, e, se o crime for punido com reclusão, o julgador poderá fixar o semiaberto o fechado, caso, além da reincidência, sejam valoradas negativamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, nos termos do enunciado n. 269 do STJ, segundo o qual: *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

No tocante aos crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o tráfico de drogas, a Lei n. 8.072/90, seguindo o tratamento diferenciado adotado pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, em sua redação original estabeleceu regime integralmente fechado para o cumprimento de pena, proibindo-se a progressão de regime, norma que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 23/2/2006, no julgamento do HC n. 82.959, editando-se a súmula vinculante n. 26, *verbis*:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Posteriormente, a Lei n. 11.646/2007 alterou o teor do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, dispondo que a pena referente aos crimes hediondos e equiparados deve ser cumprida em regime inicialmente fechado, permitindo-se a progressão de regime desde que cumprido 2/5 da pena se o acusado for primário e 3/5 para o reincidente, mas impondo o regime inicial a ser cumprido.

A necessidade de imposição do regime inicial fechado levou o Supremo Tribunal Federal a julgar inconstitucional a norma prevista no artigo 2º, § 1º, Lei n. 8.072/90, considerando necessária sempre a fundamentação do regime fixado, nos termos estabelecidos nos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assim ementado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado“. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.²⁹

Contudo, a inconstitucionalidade § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, foi declarada em controle difuso, sem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, além de não ter sido editada, até o momento, resolução do senado para suspender os seus efeitos, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que faz com que a norma legal, que impõe o início da pena em regime fechado, ainda seja aplicada atualmente, mantendo-se, em alguns casos, a violação ao princípio da individualização a pena.

Cabe destacar, que, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Assim, fixado o regime inicial para o cumprimento de pena, deve-se avaliar se é possível substituir-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

²⁹ HC 111840 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Dias Toffoli, DJe-249 divulg 16-12-2013 public 17-12-2013.

4.6 – A Substituição da Pena Privativa de Liberdade

Diante da falência do sistema de carcerário, evidenciada pela falta de investimento público, que ocasionou a superlotação dos estabelecimentos prisionais, verificou-se que o encarceramento não evitava a criminalidade, mas, por outro lado, ensejava a reincidência e a inserção de condenados primários no mundo da criminalidade, motivo pelo qual foi reconhecida a necessidade de se adotar as penas restritivas de liberdade para os delitos menos graves.

Editou-se, assim, a Lei n. 9.714/98, que alterou o artigo 44 do Código Penal, dispondo que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Assim, deve o julgador, ao prolatar a sentença penal condenatória, verificar se é possível substituir-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que são autônomas e substitutivas, se preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na norma legal.

As penas alternativas podem ser aplicadas aos crimes, praticados sem violência ou grave ameaça, cuja pena não seja superior a 4 anos, e aos crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada, requisitos de ordem objetiva.

Os requisitos subjetivos referem-se: (a) à reincidência por crime doloso, vedação que era absoluta antes da edição da Lei n. 9.714/98, mas atualmente não impede a aplicação de penas alternativas se a medida for socialmente recomendável e o réu não for reincidente específico; e (b) a suficiência da substituição para a reprovação do ato ilícito, considerando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do delito.

A aplicação das penas restritivas de direito depende da avaliação do juiz diante dos elementos concretos colhidos no processo penal, que deve motivar a sua concessão ou a sua denegação, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

As penas restritivas são: (a) a prestação pecuniária, consistente em pagamento de dinheiro à vítima, seus dependentes, ou entidade pública ou particular com destinação social, se não houver vítima imediata, com objetivo de reparar o dano; (b) a perda de valores, que visa impedir que o réu obtenha benefício com a prática do crime, tendo em vista o montante do prejuízo causado e o proveito do agente. (c) a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, consistente na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, programas comunitários ou estatais; (d) a interdição temporária de direitos, que se aplica nos casos em que o delito for cometido com a violação de dever inerente à profissão, cargo, função ou ofício; e (e) a limitação de fim de semana, pela qual o condenado deve permanecer, por cinco horas diárias, aos sábados e domingos, em casa de albergado ou estabelecimento adequado, podendo, durante a sua permanência ser ministrados cursos, palestras ou atividades educativas.

Nas condenações iguais ou inferiores, a substituição pode ser feita por uma restritiva de direito ou multa, alternativamente, e, nas condenações superiores a um ano, a substituição pode ser feita por uma restritiva de direitos e multa, ou por duas restritas de direitos, devendo ser considerada sempre a situação mais favorável ao acusado.

O descumprimento injustificado das penas restritivas de direito enseja a sua conversão em pena privativa de liberdade, que deve ser executada em relação ao período remanescente, respeitado o mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão, devendo ser oportunizada a oitiva do condenado, que poderá justificar o descumprimento da medida substituída. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, cabe ao Juízo da Execução Penal avaliar a conversão em cada caso concreto, podendo deixar de aplicá-la se for possível o cumprimento da medida substitutiva anterior.

Contudo, o artigo 44 da Lei de Drogas vedava a aplicação de penas alternativas, dispondo que: *Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*

Ocorre que, no tocante aos crimes hediondos e equiparados, segundo Schimitt (2015, fl. 364):

Antes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 82.959-7 (23.02.2006) e da entrada em vigor da Lei nº 11.646/07 (29.03.2007), que alterou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), vigorava entendimento nos Tribunais Superiores que o sistema de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 9.714/98 ao Código Penal, não se aplicava aos crimes hediondos e seus equiparados, pois estes possuíam legislação específica (princípio da especialidade), a qual revelava a necessidade do condenado cumprir a pena em regime integralmente fechado (antiga redação dada ao art. 2º § 1º da Lei nº 8.072/90).

Atualmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores permite a aplicação de penas alternativas, se preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, cabendo ressaltar que, no julgamento do HC n. 97.256/RJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das restrições previstas no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, permitindo a substituição da pena no crime de tráfico de drogas, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante ou de restrição com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos,

estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.³⁰

Neste caso, o Senado Federal promulgou, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a resolução n. 5/2012, dispondo que: *Art. 1º É suspensa a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.*

Assim, preenchidos os requisitos, deve o juiz determinar, fundamentadamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mesmos nos casos de crimes hediondos ou equiparados, como no tráfico de drogas, sendo que a sua não aplicação gera nulidade que deve ser apreciada pelo Juízo *ad quem* em recurso próprio ou por meio de *habeas corpus*.

Não sido aplicada a substituição da pena privativa de liberdade, deve o juiz verificar a possibilidade de suspensão condicional da pena, medida também tendente à substituir a pena privativa de liberdade.

4.7 – A Suspensão Condicional da Pena

³⁰ HC 97256 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ayres Britto, DJe-247 divulg 15-12-2010 public 16-12-2010.

O artigo 77 do Código Penal dispõe que:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Art. 80 - A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código.

§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

§ 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

§ 3º - Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

Assim, o *sursis* penal aplica-se, em regra, aos delitos cuja pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória não for superior a 2 anos, suspendendo-se a execução da pena por um período de 2 a 4 anos, do não reincidente, se as condições referentes à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, bem como aos motivos e as circunstâncias do crime autorizarem a concessão do benefício, sujeitando-se o condenado obrigatoriamente à prestar, no primeiro ano da suspensão, serviços à comunidade ou se submeter à limitação de fim de semana.

O *Sursis* especial, nos termos do artigo 78, § 2º, do Código Penal, deve ser aplicado ao condenado que reparar o dano, salvo na impossibilidade de o fazer, e possuir favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, mantendo-se o mesmo requisito previsto quanto à pena máxima de 2 anos e o período de prova de 2 a 4 anos, diferenciando-se do *sursis* comum apenas quanto ao cumprimento das condições, que nesse caso, são: a) proibição de frequentar determinados locais; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem prévia autorização judicial; e c) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para justificar suas atividades.

O artigo 76, § 2º, do CP dispõe acerca do *sursis* etário, aplicável ao condenado à pena não superior a 4 anos, com idade superior a 70 anos no momento da sentença condenatória, bem como do *sursis* humanitário, aplicável aos condenados à pena não superior a 4 anos, com sério problema de saúde, ambos com suspensão da pena de 4 a 6 anos.

O artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 também veda a concessão de suspensão condicional da pena aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o que ocasionou divergência jurisprudencial nos Tribunais Superior acerca de sua aplicação após o reconhecimento da inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 97.256/RJ, acerca da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, predominando no STF e no STJ o entendimento, por maioria, de sua vedação. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.

IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. RECURSO PROVIDO.

1. Não tem direito à suspensão condicional da pena quem é condenado por crime de tráfico de drogas, positivado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, por expressa vedação do art. 44, caput, dessa lei.

2. O Supremo Tribunal Federal limitou-se a declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ e ‘vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos’, constantes do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 44 do mesmo diploma normativo, respectivamente. Foi afastada, assim, unicamente a vedação à conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. O entendimento de que seria possível a concessão de *sursis* aos condenados pela prática de tráfico de drogas viola a cláusula de reserva de plenário (cláusula do full bench), prevista no art. 97 da Constituição Federal.

4. Recurso especial provido para afastar a suspensão condicional da pena à recorrida.³¹

TRÁFICO DE DROGAS – SURSIS. O óbice, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, à suspensão condicional da pena imposta ante tráfico de drogas mostra-se afinado com a Lei nº 8.072/90 e com o disposto no inciso XLIII do artigo 5º da

³¹ REsp n. 1373032/DF – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 11/03/2016.

Contudo, a aplicação da suspensão condicional da pena encontra-se em desuso, tendo-se em vista que os seus requisitos são os mesmos requeridos para a aplicação das penas alternativas, as quais, se aplicadas, impedem a incidência do *sursis* nos termos do artigo 77, inciso III, do Código Penal.

Para Schmitt (2015, fl. 386), *apesar do campo de atuação do sursis penal se encontrar reduzido, podemos ter sua incidência em crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que, obviamente, estejam preenchidos os demais requisitos para a concessão do benefício.*

Registre-se que a reincidência referente à prática de crime doloso, por si só, veda a concessão do *sursis*, não sendo necessária da reiteração específica do delito, como no caso da substituição da pena privativa de liberdade, não ensejando o óbice as condenações à pena de multa ou por contravenções penais.

Nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o juiz deve fundamentar a sua concessão ou a sua denegação, o que pode ser revisto por meio de recurso próprio ou *habeas corpus*. Encerrada a análise referente ao *sursis*, cabe ao julgador especificar as providências finais na sentença condenatória.

4.8 – As Providências Finais

Esgotadas as etapas de dosimetria, de fixação do regime inicial para o cumprimento de pena, de aplicação das penas alternativas e de *sursis*, deve o julgador analisar o direito de recorrer em liberdade do acusado nos termos do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, com base nos requisitos da prisão preventiva previstos nos artigos 312 do Código de Processo Penal.

O artigo 59 da Lei de Drogas dispõe que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, o que não impede a concessão de liberdade provisória, se preenchidos os requisitos legais, tendo-se em vista que a vedação

³² HC n. 101919 – 1ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-206 divulg 25-10-2011 public 26-10-2011.

estipulada no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, foi julgada inconstitucional no julgamento do HC n. 104.339, *verbis*:

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.³³

Deve-se, ainda, declarar expressamente os efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal, sendo que, no tocante ao tráfico de drogas, o artigo 63 da Lei n. 11.343/2006, dispõe que:

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.
 § 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.
 § 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.
 § 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.
 § 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Assim, o juiz, ao proferir a sentença condenatória, deve expressamente decidir sobre o perdimento de bens apreendidos ou objeto de tutela cautelar, os quais foram objeto de utilizados pelo narcotráfico, encaminhado, de ofício ou a requerimento do *Parquet*, o encaminhamento ao SENAD, órgão federal responsável por realizar os leilões desses objetos, que pode firmar convênios com órgãos estaduais ou municipais para a sua realização.

Ademais, nos termos do artigo 72 da Lei de Drogas, deve ser determinada, na condenação, a destruição das amostras de entorpecentes guardadas para contraprova após o trânsito em julgado da condenação, determinando que isso seja certificado nos autos.

Deve, ainda, constar na sentença: a) o valor mínimo para reparação dos danos causados às vítimas, se elas puderem ser determinadas; b) as custas processuais, conforme disposto no artigo 804 do Código de Processo Penal; c) a inclusão do nome do réu no rol dos culpado; d) a expedição de guia de execução; e) a determinação para se oficial o Tribunal Regional Eleitoral da circunscrição da residência do sentenciado, dando-lhe ciência da

³³ HC n. 104339 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-239 divulg 05-12-2012 public 06-12-2012.

nomeação; e f) a determinação para a publicação e o registro da sentença, com a consequente intimação das partes.

CONCLUSÃO

Para uma melhor compreensão sobre os resultados obtidos pelo presente estudo, que procurar delinear os aspectos atuais da individualização da pena nas condenações por tráfico de drogas, torna-se necessária a apresentação de algumas notas conclusivas:

1. No Brasil, o crime de tráfico de drogas já era previsto no artigo 281 do Código Penal de 1940, a legislação foi modificada diversas vezes, pelas Leis n. 4.451/64, n. 5.726/71, n. 6.368/76, n. 10.409/2002, e, finalmente, pela Lei n. 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas sobre drogas, com o intuito de, além de prevenir o uso e reinserir socialmente o usuário, reprimir o tráfico de drogas.

2. O crime de tráfico de drogas está tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

3. O objeto jurídico tutelado é a saúde pública, bem jurídico imaterial, pois o tipo penal descreve delito de perigo abstrato, prevendo uma probabilidade de lesão ao bem jurídico defendido, a qual é presumida pelo legislador, diante da possibilidade de diversos indivíduos, sem número definido, serem atingidos pela conduta vedada.

4. O tipo penal descrito na norma analisada é múltiplo, que utiliza vários verbos para descrever várias condutas a serem vedadas, e misto alternativo, pois o agente pode praticar uma ou mais condutas, mas responde por um único crime, o tráfico de drogas.

5. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o sujeito passivo é a sociedade, e o elemento subjetivo é o dolo. A norma em análise possui como elemento normativo a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, circunstância que, se não ocorrida, enseja a atipicidade da conduta e depende de um complemento para ser aplicada, caracterizando-se como norma penal em branco, regulamentada pela Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998.

6. O artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 inovou estabelecendo causa de diminuição de pena ao agente que praticar a conduta prevista no caput do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, desde que primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, norma que objetiva reduzir a pena do traficante de primeira viagem.

7. A legislação constitucional e infraconstitucional estabelece tratamento rigoroso ao delito de tráfico de drogas, equiparando-o aos delitos considerados hediondos, aos quais é vedada a concessão de anistia, de indulto e de fiança, é imposto o cumprimento de pena em regime inicial fechado, bem como é maior o prazo de tempo para a obtenção da progressão de regime prisional é maior.

8. O art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por sua vez, veda expressamente a concessão de *sursis*, de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e da liberdade provisória, estabelecendo o prazo de 2/3 da pena para a concessão de livramento condicional, que não deverá ser concedida ao reincidente específico

9. Algumas restrições contidas nas normas legais acima elencadas, advindas de uma política criminal voltada para a rígida repressão delitos considerados graves, violam preceitos constitucionais, especialmente no tocante à dosimetria da pena, dentre os quais a necessidade de imposição de regime inicial fechado, proibição da concessão de penas alternativas e de *sursis*.

10. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, no tocante a imposição de regime inicial fechado, no julgamento do HC n. 111.840/ES, bem como declarou inconstitucional do artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, no julgamento do HC n. 97.256/RJ, julgou inconstitucional as restrições previstas no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, no tocante à vedação de aplicação de penas alternativas, e quanto à vedação a concessão de liberdade provisória no julgamento do HC n. 104.339.

11. A desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas depende das circunstâncias fáticas do delito e da condição pessoal do agente, tendo-se em vista especialmente a quantidade de droga apreendida, a comprovação da comercialização do entorpecente, bem como os antecedentes do agente, quando voltados para o tráfico.

12. O princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, sendo que o direito à individualização da pena decorre do princípio da isonomia, garantindo aos sentenciados o direito de ter a sua condenação quantificada de forma única e distinta de outras, mesmo no caso de coautoria, cabendo ao legislador observar esse preceito constitucional para evitar a edição de normas padronizadas no que se refere à dosimetria da pena.

13. A individualização da pena possui três etapas, quais sejam, a legislativa, a judicial e a executória, sendo que a primeira refere-se à tipificação da conduta como criminosa, fixando a pena em abstrato considerando a relevância do bem jurídico protegido, a

segunda refere-se à atividade do Juiz, que deve, fundamentadamente, aplicar a pena justa ao agente do delito, e a terceira refere-se ao cumprimento da sanção penal, observando-se individualmente os parâmetros de reabilitação social do sentenciado.

14. A aplicação da justa sanção penal, devem ser considerados outros princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal, dentre os quais: o da isonomia (*caput*), o da legalidade ou da reserva legal (inciso XXXIX); o da personalidade ou da pessoalidade (inciso XLV); o da vedação à pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (inciso XLVII, alíneas “a” e “b”); o da humanização das penas, que proíbem a aplicação de penas cruéis, de trabalhos forçados, e o banimento (inciso XLVII); o de respeito à integridade física e moral aos presos (inciso XLIX).

15. A dosimetria da pena se insere em um juízo de discricionariedade do julgador, cabendo a este individualizar, fundamentadamente, a pena, considerando o *quantum* estabelecido pelo legislador para cada tipo penal, as circunstâncias fáticas do delito e as condições pessoais de cada sentenciado distintamente, o que, nos termos do art. 68 do Código Penal, deve ser realizado em três fases de dosimetria.

16. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade visa inibir abusos ou excessos advindos das funções inerentes ao Poder Público, evitando-se a intervenção estatal mais severa diante da liberdade individual, seja no tocante à atividade legislativa ou à atividade judicial, que deve observar os limites do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

17. No âmbito da atividade legislativa, as normas penais devem prever sanções proporcionais à lesão jurídica provocada pela conduta ilícita, evitando-se o excesso nas sanções aplicadas, em abstrato, aos delitos tipificados no Código Penal, bem como a imposição de vedações legais genéricas e abstratas acerca do cumprimento da pena, sem a devida consideração das condições pessoais do agente e das circunstâncias do delito.

18. No tocante à atividade judicial, cabe ao juiz aplicar os coeficientes de aumento ou de redução de pena nas etapas da dosimetria com observância da razoabilidade em cada fração adotada, motivando devidamente os critérios de diminuição e de aumento de pena, que não devem ser excessivos ou ínfimos, mas individualizados considerando-se as condições pessoais do agente e as circunstâncias do crime.

19. Respeitado o livre convencimento do juiz, a quantificação realizada nas três fases de dosimetria pode ser revista pelos Tribunais, desde que manifesta a

desproporcionalidade dos coeficientes adotados para a redução ou exasperação da pena, em relação à pena cominada, em abstrato, para a conduta ilícita tipificada.

20. Pelo princípio do *non bis in idem*, veda-se a dupla ou a múltipla valoração da mesma circunstância judicial nas três fases de dosimetria, quais sejam, a fixação da pena-base, a aplicação de atenuantes e agravantes e a aplicação de minorantes e majorantes.

21. A mesma condenação anterior com trânsito em julgado não pode ser considerada na primeira fase como antecedentes e na segunda fase como reincidência para agravar a pena, podendo, contudo, havendo duas ou mais condenações aptas a configurar a agravante, uma ser usada como reincidência e as demais como circunstância judicial, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

22. No tráfico de drogas, deve-se evitar a valoração cumulativa da natureza e da quantidade droga na primeira e terceira fase de individualização da pena. Contudo, a natureza pode ser valorada na primeira fase, como circunstância judicial, e a quantidade da droga pode ser considerada na terceira etapa de dosimetria para afastar a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou vice-versa, desde que não cumulativamente.

23. O artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal dispõe que *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*, razão pela qual a edição de norma penal mais benigna ao acusado deve retroagir para atingir fatos ocorridos anteriormente à sua criação.

24. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.094.499/MG, pacificou a sua jurisprudência no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

25. O enunciado n. 501 da Súmula do STJ dispõe que: *É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.*

26. Deve o julgador, portanto, avaliar qual a situação legislativa é mais favorável ao acusado, se a aplicação integral da Lei n. 6.368/76, com pena de 3 a 15 anos (art. 12), ou a aplicação do artigo 33 da nova lei, cujo preceito secundário varia de 5 a 15 anos, com a causa de diminuição prevista no seu § 4º, que enseja a redução da pena de um sexto a dois terços, aplicando a norma que for mais benigna ao acusado.

27. A insignificância é causa supralegal excludente da tipicidade, tendo-se em vista a ausência de prejuízo efetivo, diante da pequena gravidade dos danos causados à sociedade pela conduta do agente, que leva à absolvição do acusado.

28. A Suprema Corte firmou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação ao crime de tráfico de drogas, considerando-se a sua característica de crime de perigo abstrato ou presumido.

29. O artigo 68 do Código Penal define que, para a realização da dosimetria da pena, deve-se seguir três etapas distintas, quais sejam, a primeira, em que devem ser analisadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a segunda, em que as atenuantes (artigos 65 e 66 do CP) e agravantes (artigos 61 e 62 do CP) devem ser valoradas, bem como a terceira, na qual são consideradas as causas de diminuição e de aumento da pena, previstas na parte geral e especial do Código Penal.

30. Na primeira fase de dosimetria, devem ser valoradas as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima, fixando-se a pena-base.

31. A comprovação dos antecedentes criminais pode ser feita tanto por certidão cartorária judicial ou por folha de antecedentes criminais, e, embora a pena extinta há mais de cinco anos não sirva para configurar a reincidência, pode ser valorada como maus antecedentes, nos termos da jurisprudência do STJ.

32. Não se incluem como antecedentes a sentença extintiva da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, embora extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória possa ser considerada como maus antecedentes, nem as sentenças advindas de transação penal ou de suspensão condicional do processo, por expressa disposição legal do art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei n. 9.099/95, nem condenações por crimes militares e por crimes políticos, pois a lei as exclui do conceito de reincidência.

33. No delito de tráfico de drogas, devem ser também valoradas para a fixação da pena-base a natureza e a quantidade da substância apreendida, que conjuntamente com a personalidade e a conduta social do agente, deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

34. Na segunda fase de dosimetria, devem ser valoradas as atenuantes e as agravantes incidentes no caso concreto, sendo que as circunstâncias agravantes estão dispostas pela Código Penal em rol taxativo (artigos 61 e 62 do Código Penal), enquanto as atenuantes possuem rol exemplificativo (artigos 65 e 66 do Código Penal), podendo ser

reconhecida em virtude de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, não prevista expressamente em lei.

35. As atenuantes e agravantes podem vir também dispostas também em leis especiais, para serem aplicadas em tipos específicos, tal como previsto nos arts. 14 e 15 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), 56 da Lei n. 6001/73 (Estatuto do Índio), e 76 da Lei n. 8.078/90 (Código do Consumidor).

36. Conforme o entendimento jurisprudencial predominante, na segunda etapa de dosimetria, a pena não deve ficar aquém do mínimo legal, nem além do máximo legal, nos termos do enunciado n. 231 do STJ, segundo o qual: *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

37. Embora o legislador não tenha definido o *quantum* aplicável para valorar cada circunstância, a jurisprudência dos Tribunais Superiores considera o coeficiente imaginário de 1/6 como mais adequado, contudo a quantificação de cada atenuante ou agravante fica a critério do Juiz, respeitada a sua atividade discricionária, desde que seja realizada de maneira fundamentada e proporcional.

38. Nos termos do artigo 67 do Código Penal, havendo concurso de atenuantes e agravantes, devem preponderar a personalidade do agente, os motivos determinantes do crime e a reincidência, nesta ordem, as quais devem sobressair no momento de valoração da pena intermediária, perdendo, contudo, parte de sua força integral se fosse considerada isoladamente.

39. Na terceira fase de dosimetria, incidem as causas de diminuição e de aumento de pena, previstas patamares fixos ou intervalos de valores estabelecidos tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal, que podem, conforme a jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores reduzir a pena aquém do mínimo legal ou além do máximo legal em abstrato.

40. Nesta etapa de dosimetria, devem ser aplicadas as causas de aumento referentes ao concurso material e formal de crimes, bem como à continuidade delitiva, dispostos nos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal.

41. O artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 prevê causa de diminuição que incide nos casos em que o agente comete o delito de tráfico pela primeira vez, é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, ensejando uma redução de 1/6 a 2/3 da pena, que deve ser aplicada fundamentadamente pelo julgador pelo critério discricionário.

42. Mesmo aplicada a minorante, o tráfico de drogas permanece sendo considerado equiparado a crime hediondo, submetendo-se as regras previstas na Lei n. 8.072/90, tais como referentes à fiança, à anistia, à graça, ao indulto e à progressão de regime.

43. As normas referentes à imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena e à vedação de aplicação de penas alternativas e *sursis* foram julgadas inconstitucionais e afastadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

44. O artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, prevê o aumento de pena de 1/6 a 2/3 da pena para as hipóteses de (I) tráfico internacional; de prevalência de função pública; (II) em determinados locais, como nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais; (III) com violência, grave ameaça, ou emprego de arma de fogo; (IV) entre Estados da Federação; (V) com envolvimento ou visando atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; e (VI) quando o agente financiar ou custear a prática do crime.

45. Para a fixação da pena de multa, deve-se utilizar duas etapas distintas, a primeira em que se avalia a quantidade de dias-multa, utilizando-se as três fases previstas no artigo 68 do Código Penal, e a segunda, na qual se fixa o valor de cada dia-multa, considerando-se, de forma motivada, a situação econômica do réu, nos termos do artigo 60 do Código Penal.

46. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, considera-se a pena de multa será considerada dívida de valor, em relação à qual deve ser aplicada a legislação referente à dívida ativa da Fazenda Pública, não havendo, portanto, a sua conversão em pena privativa de liberdade em caso de inadimplemento.

47. A jurisprudência do Superior é pacífica no sentido de que o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado.

48. A pena privativa de liberdade divide-se em penas de reclusão, destinada para delitos mais graves, de detenção, imposta para crimes mais leves, e de prisão simples, destinada às contravenções penais. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, a detenção cumpre-se em regime semiaberto ou aberto e a prisão simples deve ser em regime aberto.

49. O agente reincidente possui regra específica, segundo a qual deve ser aplicado o regime inicial imediatamente mais rigoroso do que o previsto para os apenados primários, motivo pelo qual, diante da reincidência, deve-se fixar-se o regime fechado ao condenado a pena superior a quatro anos que não exceda oito anos, se o crime for punido com reclusão. Se

o crime for punido apenas com detenção o julgador deve fixar necessariamente o regime semiaberto.

50. No tocante aos crimes hediondos e equiparados, dentre os quais o tráfico de drogas, a Lei n. 8.072/90, seguindo o tratamento diferenciado adotado pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, em sua redação original estabeleceu regime integralmente fechado para o cumprimento de pena, proibindo-se a progressão de regime, norma que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 23/2/2006, no julgamento do HC n. 82.959, editando-se a súmula vinculante n. 26.

51. A necessidade de imposição do regime inicial fechado levou o Supremo Tribunal Federal a julgar inconstitucional a norma prevista no artigo 2º, § 1º, Lei n. 8.072/90, considerando necessária sempre a fundamentação do regime fixado, nos termos estabelecidos nos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, no julgamento do HC n. 111.840/ES.

52. Nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

53. Deve o julgador, ao prolatar a sentença penal condenatória, verificar se é possível substituir-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que são autônomas e substitutivas, se preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na norma legal.

54. A jurisprudência dos Tribunais Superiores permite a aplicação de penas alternativas aos condenados por tráfico de drogas, se preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, cabendo ressaltar que, no julgamento do HC n. 97.256/RJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das restrições previstas no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006.

55. O Senado Federal promulgou, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a resolução n. 5/2012, dispondo que: *Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.*

56. O *sursis* penal aplica-se, em regra, aos delitos cuja pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória não for superior a 2 anos, suspendendo-se a execução da pena por um período de 2 a 4 anos, do não reincidente, se as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao acusado.

57. O artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 também veda a concessão de suspensão condicional da pena aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o que ocasionou divergência jurisprudencial nos Tribunais Superior acerca de sua aplicação após o reconhecimento da inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 97.256/RJ, acerca da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, predominando no STF e no STJ o entendimento, por maioria, de sua vedação.

58. Esgotadas as etapas de dosimetria, de fixação do regime inicial para o cumprimento de pena, de aplicação das penas alternativas e de sursis, deve o julgador analisar o direito de recorrer em liberdade do acusado nos termos do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, com base nos requisitos da prisão preventiva previstos nos artigos 312 do Código de Processo Penal.

59. Deve-se, ainda, declarar expressamente os efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal, e, no tocante ao tráfico de drogas, os referentes ao artigo 63 da Lei n. 11.343/2006, acerca do perdimento de bens apreendidos ou objeto de tutela cautelar, os quais foram objeto de utilizados pelo narcotráfico.

60. Deve, ainda, constar na sentença: a) o valor mínimo para reparação dos danos causados às vítimas, se elas puderem ser determinadas; b) as custas processuais, conforme disposto no artigo 804 do Código de Processo Penal; c) a inclusão do nome do réu no rol dos culpado; d) a expedição de guia de execução; e) a determinação para se oficial o Tribunal Regional Eleitoral da circunscrição da residência do sentenciado, dando-lhe ciência da nomeação; e f) a determinação para a publicação e o registro da sentença, com a consequente intimação das partes.

.
.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1* – 21. ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

- CUNHA, Rogério Sanches. *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: 11.343/2006/Alice Bianchini...*[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2014.

- MENDES JÚNIOR, Cláudio. *Sentença penal e dosimetria da Pena: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena* – 6ª ed. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas* – 8ª ed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- RANGEL, Paulo. *Lei de drogas: comentários penais e processuais* – Paulo Rangel, Carlos Roberto Bacila. – 2. Ed. Ver. Ampl. E atual. até dezembro de 2013 – São Paulo: Atlas, 2014.

- SCHMITT, Ricardo. *Sentença Penal Condenatória: teoria e prática* – 9ª ed., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2015.