



DEFENSORIA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL

Rua Raul Pires Barbosa, 1464 - Bairro Chácara Cachoeira - CEP - Campo Grande - MS - www.defensoria.ms.def.br

MANIFESTAÇÃO

Processo SEI 33/002983/2025

Vistos, etc

Após a reunião realizada pela Coordenação Criminal em conjunto com a Comissão Criminal Permanente do Colégio (evento 0327573), na qual restou aprovado o enunciado 4, abaixo discriminado, encaminho neste momento, a consolidação das manifestações relativas ao referido enunciado (eventos 0316780 e 0327377), como se vê abaixo.

ENUNCIADO 4

“A defensora pública ou o defensor público deverá impugnar a dosimetria da pena quando o magistrado, no crime de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), exclui indevidamente os vetores de natureza e/ou quantidade da substância entorpecente da primeira fase para utilizá-los exclusivamente na terceira fase como justificativa para aplicação da fração mínima de redução (1/6), por configurar violação aos arts. 33, § 4º e 42 da Lei 11.343/2006, arts. 59 e 68 do Código Penal e aos princípios da individualização da pena, legalidade, razoabilidade e livre convencimento motivado”.

SÚMULA

DIREITO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – DOSIMETRIA DA PENA – NATUREZA E/OU QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NÃO CONSIDERADA(S) NA PRIMEIRA FASE, UTILIZADA(S) EXCLUSIVAMENTE NA TERCEIRA FASE PARA APPLICAR A FRAÇÃO MÍNIMA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE 1/6 – ILEGALIDADE – VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º E ART. 42, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006, ART. 59 E ART. 68, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E AOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DA LEGALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

JUSTIFICATIVA

O presente material visa demonstrar que a natureza e quantidade da substância entorpecente **devem obrigatoriamente** ser analisadas na primeira fase da dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas, sendo **ilegal a decisão judicial que deliberadamente deixa de considerá-las na fixação da pena-base** para transferir sua análise exclusivamente para a terceira fase dosimétrica, uma vez que tal prática configura violação direta ao art. 42 da Lei 11.343/2006, aos artigos 59 e 68 do Código Penal, e aos princípios constitucionais da individualização da pena, legalidade, razoabilidade e livre convencimento motivado.

Tem se verificado nos delitos de tráfico privilegiado, disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 que o vetor negativo referente à natureza e/ou quantidade da substância apreendida é afastado da primeira fase da dosimetria da pena, para a utilização exclusiva na terceira fase em patamar mínimo (para não incidir o patamar máximo de 2/3), situação essa que implica na imposição de penas desproporcionalmente mais

gravosas.

“Aparentemente”, a decisão estaria em consonância com o Tema 712 do Supremo Tribunal Federal, que fixou a tese de que o vetor negativo referente à quantidade e/ou natureza da substância entorpecente pode ser valorada em apenas uma das fases do cálculo da pena, sob pena de incidência de *bis in idem*. Ocorre que normalmente, a fundamentação apresentada restringe-se na aplicação do Tema 712 do STF, no sentido de que o vetor negativo será utilizado em apenas uma única etapa da dosimetria da pena.

Porém, melhor analisando a fundamentação verifica-se que esta não é idônea, violando o art. 33, § 4º e art. 42, ambos da Lei n. 11.343/2006, art. 59 e art. 68, ambos do Código Penal, os princípios da individualização da pena, da legalidade, da razoabilidade e do livre convencimento motivado, com o único intuito de agravar a pena da pessoa acusada, fixando-se a pena definitiva em patamar muito superior à efetivamente devida.

Explica-se:

Excluindo os vetores da natureza e quantidade da droga da primeira fase da dosimetria da pena, a pena-base fica no mínimo legal ou próxima a ele. Na segunda fase, em geral, verifica-se a existência das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, sendo que diante do teor da Súmula 231 do STJ, não há a redução aquém do mínimo legal. Na terceira fase, diante do preenchimento dos requisitos legais é reconhecida a causa especial de redução da pena do tráfico privilegiado, contudo, a fração de redução é no mínimo legal (1/6) ou próxima a este quantum, justificando referida a fração em razão da quantidade e/ou natureza da substância apreendida, fixando-se a pena definitiva em 4 ano e 2 meses.

Ora, no delito específico de tráfico de drogas, além das circunstâncias judiciais contidas no art. 59, do Código Penal, inseriu-se mais dois elementos específicos, referentes à natureza e à quantidade da substância entorpecente, elementos estes que devem ser analisados com preponderância sobre as demais, conforme dispõe o art. 42, da Lei n. 11.343/06, que diz:

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, nos delitos tipificados pela Lei n. 11.343/06, “a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente” devem ser avaliadas para a fixação da pena-base, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59.

Em atenção ao princípio da legalidade e da especialidade, a quantidade e/ou natureza da substância entorpecente deve ser aplicada na primeira fase da dosimetria da pena e não na terceira, como tem ocorrido, utilizado para graduar a fração da redução do tráfico privilegiado em seu mínimo legal. Ao deixar de aplicar a circunstância negativa na primeira fase da dosimetria da pena e aplicá-la na terceira fase, agravou-se consideravelmente a pena da parte acusada, sendo referida escolha mais gravosa, razão pela qual imprescindível que o julgador apresente a devida fundamentação. Tratando-se o tráfico privilegiado instituto criado para beneficiar aquelas pessoas que não são envolvidas em atividades ilícitas ou que são usadas pelos verdadeiros traficantes, não havendo nos autos qualquer outro elemento negativo, a fração a ser aplicada deve em seu grau máximo de 2/3.

Caso a decisão aplicasse a pena em estrita observância à lei, aplicando o vetor negativo (quantidade e/ou natureza) na primeira fase da dosimetria da pena, a pena-base ficaria acima do

mínimo legal. Na segunda fase, com o reconhecimento e a aplicação das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, a pena ficaria no mínimo legal. Na terceira fase, com o reconhecimento do tráfico privilegiado e a aplicação da fração em 2/3, uma vez que não há qualquer circunstância para justificar fração diversa, a pena ficaria em 1 ano e 8 meses de reclusão. Demonstrado está que o critério utilizado agravou em muito a pena da parte acusada, que poderia ter a aplicação de uma pena de 1 ano e 8 meses, sendo que foi condenada a uma pena superior a esta, pelo livre arbítrio do Juízo.

Evidente a ilegalidade da decisão, que no simples intuito de agravar a pena da parte acusada, diante da impossibilidade de se negar a causa especial de redução da pena do tráfico privilegiado, em razão do preenchimento dos requisitos legais, opta por aplicar o vtor negativo na terceira fase da dosimetria da pena, para aplicar a fração da redução no mínimo legal, sem a apresentação de fundamentação idônea.

O art. 68 do Código Penal estabelece o sistema trifásico obrigatório: (a) Primeira fase relativa às circunstâncias judiciais (art. 59, CP + art. 42, Lei 11.343/2006), (b) segunda fase: Circunstâncias atenuantes e agravantes e (c) terceira fase: Causas de aumento e diminuição.

Por sua vez, o artigo 42 da Lei 11.343/2006, estabelece de maneira imperativa 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.*" A expressão "**considerará**" constitui comando legal de cumprimento **obrigatório**, não facultativo. O legislador utilizou verbo no futuro do indicativo com força de imperativo, estabelecendo **dever jurídico** inescusável do magistrado.

A interpretação sistemática do conjunto normativo impõe o reconhecimento de que a lei exige análise **preponderante na primeira fase das moduladoras relativas à natureza, quantidade, personalidade e conduta social do agente**, o que autoriza afirmar que não há espaço para discricionariedade para relegar tal análise para a terceira fase.

O STF, no julgamento do ARE 666.334 com repercussão geral, estabeleceu que **a natureza e quantidade devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria** (tema 712). A Corte Suprema não apenas vedou o bis in idem, mas **reafirmou a obrigatoriedade** de análise desses fatores na primeira fase. A *ratio decidendi* do referido acórdão demonstra que o problema não está em usar esses elementos na primeira fase, mas sim em utilizá-los duplamente e a **solução constitucional possível é sua análise obrigatória na primeira fase**.

Em recente decisão do STJ, no **EREsp 1.887.511/SP (3ª Seção, j. 16/06/2021)**, depois de extensa análise acerca da legislação e da jurisprudência que envolve a temática, restou decidido, em síntese, que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem **necessariamente considerados na fixação da pena-base**, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006, podendo, na modulação da pena prevista para o tráfico privilegiado ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, desde que não utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena, como se vê a seguir:

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

RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

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

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

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

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

5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao *status* de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual.

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

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura *bis in idem*, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

9. Na **modulação** da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes**, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base.

10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.

Interpretação diferente que desloca as moduladoras previstas no artigo 59, do CP e 42 da Lei 11.343/2006, viola frontalmente princípios constitucionais garantidores do verdadeiro acesso à justiça. Deverão ser observadas a efetiva aplicação dos princípios da individualização da pena, da legalidade, do livre convencimento motivado e da intervenção mínima, a seguir explicitados:

1. Princípio da Individualização da Pena (CF, art. 5º, XLVI)

A individualização da pena exige que o magistrado analise todas as circunstâncias relevantes previstas no artigo 59, do CP e 42 da Lei 11.343/2006, na primeira fase dosimétrica. A exclusão prévia de elementos

legalmente determinados impede a individualização adequada e constitui padronização inconstitucional.

A prática irregular ignora as circunstâncias específicas do caso, aplica critério uniforme sem fundamentação adequada e contraria a exigência constitucional de pena individualizada.

2. Princípio da Legalidade (CF, art. 5º, XXXIX)

O princípio da legalidade não se limita à tipificação de crimes, mas se estende à aplicação correta das normas penais. A desobediência ao art. 42 da Lei 11.343/2006 viola diretamente este princípio fundamental.

A dosimetria deve observar os parâmetros legais estabelecidos, a ordem sequencial das fases e os critérios de preponderância definidos em lei.

3. Princípio do Livre Convencimento Motivado (CF, art. 93, IX)

O livre convencimento não autoriza o descumprimento de comandos legais expressos e a omissão deliberada de elementos obrigatórios vicia a motivação da decisão.

Exige-se que a presença de motivação idônea e justificativa técnica para a fração escolhida e demonstração da necessidade e adequação da medida.

4. Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve ser aplicado quando os outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para proteger determinado bem jurídico. Este princípio determina que a criminalização de uma conduta só se legitima quando constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Assim, considerando que a minorante relativa ao tráfico privilegiado foi criado para beneficiar pessoas em situação de vulnerabilidade a dosimetria deve refletir a menor lesividade da conduta, concluindo-se então que a majoração artificial da pena contraria os fundamentos do instituto.

Ademais disso, a fragmentariedade significa que o Direito Penal só deve se ocupar das condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra os bens jurídicos mais importantes e a subsidiariedade estabelece que o Direito Penal é a última ferramenta a ser utilizada pelo Estado.

No contexto do tráfico privilegiado as condutas de menor gravidade devem ter penas proporcionalmente menores, por isso a aplicação artificial de frações mínimas contraria a lógica da fragmentariedade e autoriza a utilização prioritária de alternativas penais.

É sabido que, diante das mazelas das condições sócio-econômicas do país, o tráfico surge como fonte de renda básica e garantia de sobrevivência, num contexto de políticas sociais insuficientes, alto desemprego e crise financeira do país, atingindo basicamente a população jovem, negra e pobre do país, com baixa escolaridade, responsáveis pelo sustento familiar e, por tudo isso, se submetem às posições subalternas no tráfico (“mulas”, pequeno traficante, etc).

De se **concluir**, portanto, que a Defensoria Pública deve **impugnar sistematicamente** toda **dosimetria aplicada ao tráfico de drogas que deixe de analisar natureza e quantidade na primeira fase**, fundamentando que (a) **É DEVER LEGAL INESCUSÁVEL** do magistrado considerar esses elementos na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, que (b) a **TRANSFERÊNCIA PARA A TERCEIRA FASE** constitui ilegalidade manifesta que deve ser corrigida pelos Tribunais, em razão da evidente violação aos princípios constitucionais da individualização da pena e legalidade, bem como, em evidente contrariedade aos objetivos do tráfico privilegiado e que (c) a **FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA** exige análise completa de todos os elementos legais na fase própria da dosimetria.

A atuação defensorial qualificada nestes casos não apenas garante a aplicação correta da lei, mas contribui significativamente para a **política de desencarceramento** e para a concretização dos princípios da **intervenção mínima** e da **dignidade da pessoa humana**.

Campo Grande, data do sistema.

Zeliana Luzia Delarissa Sabala

Defensora Pública

Coordenadora Criminal de Segunda Instância



Documento assinado eletronicamente por **ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA, DEFENSOR PÚBLICO**, em 21/07/2025, às 15:36, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://bit.ly/3T0MKe9> informando o código verificador **0334391** e o código CRC **7492A79C**.

33/002983/2025

0334391v4