

## PRÁTICA PENAL NA LEI DE DROGAS

**Material Complementar – Prof. Pedro Magalhães Ganem**

# Módulo 3

## DIFERENÇAS ENTRE ATENUANTE E CAUSA DE DIMINUIÇÃO

As atenuantes são analisadas na 2<sup>a</sup> fase da dosimetria, tomando como parâmetro a pena base fixada na primeira fase, enquanto as causas de diminuição são avaliadas na 3<sup>a</sup> fase, tendo por base a pena intermediária, após a análise das atenuantes e agravantes.

Além do mais, as atenuantes devem respeitar os limites legais de pena previstos, de modo a não poder levar a pena a um quantitativo menor ao mínimo estabelecido pela lei. Assim, no crime de tráfico de drogas, por exemplo, o mínimo que a pena estabelece é de 05 (cinco) anos de reclusão, fazendo com que o reconhecimento da atenuante não possibilite a fixação da pena em patamar menor a esse (5 anos).

Inclusive, o STJ possui uma súmula nesse sentido, a súmula 231, segundo a qual “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Já as causas de diminuição podem levar a pena a um patamar abaixo do mínimo legal, como ocorre no caso da causa de diminuição do art. 33, § 4º, que pode reduzir a pena até o total de 01 ano e 08 meses de reclusão, quantitativo bem abaixo do mínimo estabelecido pela lei, que é de 5 anos.

Importante destacar, também, que a legislação não traz um quantitativo de diminuição para as atenuantes, ela apenas estabelece quais são as circunstâncias atenuantes (artigos 65 e 66 do Código Penal), como no caso da confissão ou da menoridade penal (entre 18 e 21 anos à época dos fatos). A jurisprudência tem fixado o *quantum* da redução em 1/6.

Já as causas de diminuição possuem o *quantum* a ser reduzido expressamente na lei, ainda que seja de forma variável e geralmente em forma de uma fração. No caso do tráfico privilegiado, que veremos a seguir, será uma redução que varia de 1/6 a 2/3. No caso da tentativa (art. 14, II, CP), de 1/3 a 2/3.

## TRÁFICO PRIVILEGIADO

Apesar de ser comumente chamada de “tráfico privilegiado”, esse instituto tem a natureza jurídica de uma causa de diminuição de pena.

Um crime tecnicamente privilegiado se assemelha à conduta original, mas possui penas mínima e máxima inferiores, como no caso do infanticídio, o qual é um homicídio privilegiado, pois tanto o infanticídio quanto o homicídio tipificam a conduta de matar alguém, sendo que o infanticídio possui penas mínima e máxima consideravelmente inferiores.

No caso do “tráfico privilegiado”, não estamos diante de uma nova figura tipificada em lei, mas de uma causa de diminuição que será aplicada na fração de 1/6 a  $\frac{2}{3}$ , senão vejamos:

§ 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.

Percebe-se que para aplicação da referida causa de diminuição de pena é necessário que o acusado:

- seja primário: isto é, não seja reincidente, lembrando que para ser reincidente é necessário que tenha sido condenado definitivamente (com trânsito em julgado) antes da data do fato apurado;
- de bons antecedentes: ou seja, não possua uma condenação criminal que não tenha transitado em julgado;
- não se dedique às atividades criminosas: não tenha o crime como hábito;
- não integre organização criminosa: não faça parte de “quadrilhas”.

Trata-se de requisitos cumulativos, de modo que o não preenchimento de um deles implica na não aplicação da causa de diminuição. Além do mais, trata-se de direito subjetivo do acusado, de modo que, estando preenchidos os requisitos, a diminuição é obrigatória, não sendo faculdade do juiz.

Cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante, visando dar um tratamento diferenciado daquele previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, principalmente diante da menor reprovabilidade da conduta do agente.

Podemos resumir o tráfico privilegiado como sendo uma causa especial de diminuição de pena (aplicada aos primários, de bons antecedentes, que não se dedicam às atividades criminosas e não integrem organização criminosa), devendo ser feita na terceira fase da dosimetria da pena, na fração de 1/6 a 2/3, de natureza não hedionda, passível de substituição por penas restritivas de direitos.

Questão interessante diz respeito à possibilidade da quantidade de drogas afastar a aplicação da causa de diminuição.

Há quem entenda que a grande quantidade de drogas é indicativo de dedicação à atividade delituosa e/ou integração à organização criminosa, como é o caso de MARCÃO, em seu livro Tóxicos, Lei n. 11343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas anotada e interpretada.

Para ele,

A apreensão de expressiva quantidade de droga configura indicativo de que o agente é integrante de organização criminosa.

A grande quantidade e variedade de droga, a propósito, atentaria com maior intensidade contra o bem jurídico tutelado, porquanto inegável a relevância de

seu acentuado potencial lesivo, e desaconselharia o reconhecimento do “tráfico privilegiado”.

Esse, todavia, não é o entendimento que visualizo ser o melhor, assim como não é o adotado pelo STF e por outros doutrinadores, como NUCCI.

Para NUCCI,

A quantidade de drogas não constitui requisito legal para avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena. Na verdade, conforme exposto no item 91-B infra, trata-se de critério para dosar a diminuição. Excepcionalmente, a grande quantidade de entorpecentes pode afastar a redução da pena, porque se conclui estar o acusado ligado ao crime organizado, embora não se deva presumir nada, mas calcar a decisão na prova dos autos. Fora disso, a quantidade serve de parâmetro para o grau da diminuição.

Para o STF:

A quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente valorados no dimensionamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. (STF, HC 112.821/RS, 1ª T., rela. Mina. Rosa Weber).

A quantidade e variedade de drogas, então, seria um critério para a diminuição da pena, entre 1/6 e 2/3, sendo que elas não podem ser utilizadas ao mesmo tempo na primeira fase da dosimetria e na terceira fase, sob pena de caracterizar *bis in idem*.

Inclusive, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 112.776/MS e 109.193/MG, entendeu que tal providência constitui *bis in idem*, porque a

quantidade e a natureza da droga estariam a ser consideradas duas vezes na dosimetria.

1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes não podem ser utilizadas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena de forma cumulativa. Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MG, Pleno, julgamento realizado em 19/12/2013. 2. O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de bis in idem. 3. In casu, a) o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, (tráfico internacional de drogas), posto flagrado no Aeroporto Internacional de São Paulo portando 3.650 g (três mil, seiscentos e cinquenta gramas) de cocaína, presos em sua cintura, em suas pernas e em seu tênis, quando tentava embarcar para Madri, Espanha. b) O Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região considerou a quantidade da droga apreendida em poder do paciente para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desse mesmo fundamento para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço) (...). Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda a nova dosimetria, analisando as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena (STF — HC 119.976, Rel. Min. Luiz Fux, 1<sup>a</sup> Turma, julgado em 25/02/2014, processo eletrônico DJe 053, 17/03/2014, public. 18/03/2014)

Não agiu bem o magistrado de primeiro grau, uma vez que fixou a pena-base acima do mínimo legal, com preponderância na natureza e na quantidade da droga apreendida, e, em seguida, aplicou a fração de 1/6 (um sexto) na redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, utilizando-se dos mesmos fundamentos, em flagrante bis in idem. (...) Ordem concedida de ofício para: (I) determinar ao juízo das execuções que proceda a nova individualização da pena, respeitadas as diretrizes firmadas pelo Plenário desta Corte, ou seja, considerando a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido em poder do paciente em apenas uma das fases da individualização da reprimenda..." (STF — HC 119.357, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 11/03/2014, processo eletrônico DJe 059, 25/03/2014, public. 26/03/2014); e "Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência desta Corte, em sede de repercussão geral (tema 712), de que se revela correta a motivação da natureza e da quantidade da droga na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, vedada a aplicação conjunta sob pena de bis in idem (ARE 880.499 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 02/08/2016, processo eletrônico DJe-176, divulg. 18/08/2016, public. 19/08/2016).

Saliente-se que o Plenário da Corte Suprema definiu que o magistrado não pode utilizar o critério duas vezes, mas deixa ao livre-arbítrio do magistrado escolher se o utilizará na 1ª ou na 3ª fase da dosimetria. Teoricamente, o correto seria levar em conta referidas circunstâncias — quantidade e natureza da droga — na fixação da pena-base, na medida em que o art. 42 é expresso, ou seja, menciona tais circunstâncias como fatores preponderantes para o estabelecimento da pena-base (1ª fase). Ao contrário, o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não faz qualquer menção a elas (quantidade e natureza do entorpecente).

Destaca-se, ainda, o entendimento do Min. Gilmar Mendes no julgamento do HC 108.513/RS, segundo o qual

a quantidade e a qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do artigo 33, sob pena de bis in idem.

## CAUSA DE DIMINUIÇÃO - COLABORAÇÃO PREMIADA - ARTIGO 41

Vejamos o que diz o texto legal:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Esse é um benefício que será concedido para o autor de um delito que colabora voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal.

Portanto, para a incidência da causa de diminuição, é preciso que a colaboração seja voluntária, como o próprio nome demonstra, além de exigir que as informações passadas pelo colaborador efetivamente impliquem na identificação de todos os demais envolvidos no crime, bem como na recuperação de algum produto do delito (bens comprados pelos traficantes com o lucro obtido com a venda ou recebidos como forma de pagamento).

A redução, como se percebe, será de 1/3 a 2/3, sendo que, quanto maior a colaboração, maior será a redução da pena pelo juiz.

A norma do artigo 41 estabelece dois requisitos para a redução da pena:

1. colaboração voluntária; e
2. eficiência, consubstanciada na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do delito.

Os requisitos são cumulativos. Assim, ausente qualquer um deles, o benefício não poderá ser concedido.

Note-se que a colaboração não necessita ser espontânea, contentando-se a norma com a sua voluntariedade. Pode parecer que não existe diferença, mas a

espontaneidade refere-se ao fato de partir do colaborador a vontade de prestar as informações. A voluntariedade diz respeito à manifestação de vontade do colaborador, mesmo que a ideia de colaborar parta de outra pessoa, ou mesmo de pedido ou sugestão da autoridade.

Portanto, mesmo que a ideia não tenha sido do colaborador, ele poderá ser beneficiado.

Também há necessidade de que a colaboração leve ao esclarecimento dos demais participantes do crime e, havendo produto, que ele seja recuperado, mesmo que parcialmente.

Questão interessante diz respeito ao produto do crime, pois, por se tratar de tráfico de drogas, o que seria o produto da infração?

O produto do crime deve ser interpretado de forma ampla, englobando tudo o que possa ser considerado proveito do crime. Assim, não só a droga (produto direto ou instrumento do crime, dependendo da hipótese), mas também o indireto, chamado de proveito pela maioria da doutrina, que, no caso, é a vantagem auferida pelo sujeito ou por terceiros com a prática do delito.

A colaboração deverá perdurar desde o início das investigações policiais até o fim do processo. Caso o indiciado ou acusado aja de má-fé e deixe de colaborar, o benefício não será concedido. Somente será o caso de aplicar a redução da pena quando a colaboração for eficaz e realmente ajudar nas investigações e no processo.

Mesmo que a colaboração se inicie no decorrer do processo, mas seja eficiente e leve à identificação dos demais participantes e na recuperação do produto do crime (quando houver), mesmo que parcialmente, poderá o Magistrado reduzir a pena do colaborador no caso de condenação.

Destaque-se que não há previsão na Lei de Drogas para a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Como parâmetro para a redução da pena o Magistrado deverá levar em consideração a eficiência e presteza na colaboração. Assim, quanto maior a contribuição causal do agente maior será a diminuição da pena e vice-versa.

O redutor é aplicável aos crimes relacionados a drogas e descritos na respectiva lei, e se trata de causa obrigatória de diminuição de pena quando presentes seus requisitos, não ficando, assim, a critério do juiz sua aplicação ou não.

Para complementar o dispositivo podem ser aplicadas subsidiariamente as normas dos artigos 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013, que é a legislação que trata sobre as organizações criminosas e possui uma seção específica sobre a colaboração premiada:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as

circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

- I - não for o líder da organização criminosa;
- II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade,

podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

## DIFERENÇA ENTRE QUALIFICADORA, AGRAVANTE E CAUSA DE AUMENTO (MAJORANTE)

A qualificadora altera as penas mínima e máxima do tipo, além de trazer novas elementares para o tipo, caracterizado por ser um tipo derivado autônomo ou independente.

Assim, sua análise será na primeira fase da dosimetria da pena (pena base).

Apenas lembrando que as três fases da dosimetria são: 1<sup>a</sup>: pena base; 2<sup>a</sup>: atenuantes e agravantes; e 3<sup>a</sup>: causas de diminuição e aumento de pena.

Um exemplo clássico é o crime de furto, tipificado no artigo 155 do CP.

O caput do artigo estabelece que:

Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:  
Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O § 4º, por sua vez, vem com novas elementares do tipo, isto é, além de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, é preciso que essa subtração ocorra:

- I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
- II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
- III – com emprego de chave falsa;
- IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Nesse caso, a pena (que era de 01 a 04 anos de reclusão) no 155, caput, passa para 02 a 08 anos de reclusão no § 4º.

Outro exemplo de crime qualificado é o de homicídio, constante no artigo 121 do Código Penal.

Consta no caput do referido artigo:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

As figuras qualificadas estão no § 2º, o qual traz novas elementares para o tipo, quais sejam:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

A causa de aumento, por sua vez, também conhecida como majorante, nada mais é do que uma hipótese em que a pena será aumentada, aplicando-se uma fração à sanção estabelecida no tipo penal, sendo analisada na 3ª fase da dosimetria da pena.

Ao contrário do que visto na parte voltada para as qualificadoras, as majorantes não estabelecem novos elementos no tipo penal, apenas trazem algumas circunstâncias que implicam no aumento da pena.

Um exemplo clássico é o crime de roubo.

O *caput* do artigo 157 (Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por

qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência) possui pena de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão.

Já o § 2º traz as majorantes (causas de aumento de pena):

§ 2º – A pena aumenta-se de um terço até metade:

- I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;
- II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;
- III – se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.
- IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)
- V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Portanto, em resumo, se verificar que o texto da lei fala em aumentar a pena com uma fração, será uma causa de aumento (majorante); se trouxer novos elementos para o tipo e aumentar as penas mínima e máxima, será uma qualificadora.

Já as agravantes são aquelas circunstâncias que devem ser levadas em consideração na segunda fase da dosimetria da pena, após a fixação da pena base e da consideração das atenuantes.

Estão estabelecidas nos artigos 61 e 62 do Código Penal:

Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I – a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- II – ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- 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; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
- 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; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
- 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.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 – A pena será ainda agravada em relação ao agente que:  
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- II – coage ou induz outrem à execução material do crime;  
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Interessante constatar que algumas qualificadoras e causas de aumento se confundem com algumas agravantes. Nesse caso, havendo previsão tanto no tipo penal (como qualificadora ou causa de aumento) quanto nas agravantes, aquelas (qualificadoras e causas de aumento) preponderarão sobre estas (aggravantes).

Isso, inclusive, é o que se depreende do texto “quando não constituem ou qualificam o crime”, constante na parte final do artigo 61.

Finalmente, não é possível aplicar uma qualificadora ou causa de aumento e ao mesmo tempo a agravante correspondente, sob pena de caracterizar bis in idem, como no caso do homicídio qualificado por motivo fútil (artigo 121, § 2º inciso II) e a agravante do artigo 61, inciso I, alínea “a”, também relativa ao motivo fútil.

## CAUSAS DE AUMENTO - ARTIGO 40

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 benéficas, 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.

As condutas constantes no referido artigo refletem em causas de aumento que somente serão aplicadas aos crimes previstos nos arts. 33 a 37, que são os delitos relacionados ao tráfico de drogas, como o próprio tráfico de drogas e condutas equiparadas, os relacionados a maquinários, aparelhos, instrumentos, dentre outros utilizados para a produção de drogas, a associação para o tráfico, o financiamento e a colaboração como informante

Percebe-se, portanto, que aos crimes de consumo pessoal de drogas (art. 28), de prescrever ou ministrar culposamente (art. 38) e conduzir embarcação ou aeronave (art. 39) não incidem as causas de aumento que veremos.

Ademais, é possível o reconhecimento de mais de uma modalidade no mesmo fato, como o tráfico de drogas realizado de forma interestadual por policial que se prevaleça da sua função para tal fim.

Nesse caso, apesar de não ser possível aplicar mais de uma vez a causa de aumento, poderá o magistrado sair do aumento mínimo, eis que o artigo 40 estabelece que a pena será aumentada de 1/6 a 2/3.

Além do mais, o STJ tem entendido que não acarreta bis in idem a incidência simultânea das majorantes previstas no art. 40 aos crimes de tráfico de drogas e de associação para fins de tráfico, porquanto são delitos autônomos, cujas penas devem ser calculadas e fixadas separadamente. (HC 250455/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 17/12/2015, DJE 05/02/2016)

Passaremos a analisar as causas de aumento em espécie:

#### TRANSNACIONALIDADE - INCISO I

O tráfico com o exterior está presente nas hipóteses de importação e exportação. Nesses casos, como veremos adiante, a competência será da Justiça Federal.

Para a incidência do dispositivo, não é necessário que o agente consiga sair ou entrar no País com a droga; basta que fique demonstrado que essa era sua finalidade.

#### EM DECORRÊNCIA DA FUNÇÃO - INCISO II

O dispositivo possui duas partes:

A primeira visa punir de forma mais grave aquele que pratica o crime prevalecendo-se de sua função pública. É o caso, por exemplo, de policiais, que, após apreenderem um grande carregamento de droga, desviem uma parte para vendê-la.

Destaque-se que não é exigido pela Lei 11.343, como era na Lei n. 6.368/76, que a função pública fosse relacionada com repressão à criminalidade, de modo que o aumento incide em qualquer que seja a espécie de função pública exercida.

Na segunda hipótese, a punição mais severa é voltada para os casos em que o agente tem missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância. Diferentemente da Lei anterior, a guarda e a vigilância aqui estabelecidas não se referem à droga, mas à pessoa.

Na revogada Lei n. 6.368/76, o aumento se referia exclusivamente à guarda ou vigilância da droga, como, por exemplo, o responsável pelo almoxarifado de um hospital que desvia morfina destinada a doentes. Na lei atual, o dispositivo se refere ao agente que comete tráfico quando está no exercício de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância de alguém. Exs.: professor que vende droga a aluno, pais em relação aos filhos etc.

### IMEDIAÇÕES DE PRESÍDIOS, ESCOLAS, HOSPITAIS, ... - INCISO III

Importante destacar que o rol trazido pelo enunciado é taxativo, não sendo possível sua ampliação, nem mesmo por analogia.

Aqui, o agravamento da pena não está relacionado a quem pratica o crime, mas ao local em que o fato é cometido, ou seja, nas imediações ou no interior de um dos locais expressamente elencados.

Como a legislação não delimitou um espaço previamente estabelecido, é necessário interpretar a expressão “nas imediações” caso a caso, de acordo com as circunstâncias do fato criminoso e a gravidade do delito.

Fato interessante é que a incidência da referida causa de aumento não exige que o tráfico de drogas seja destinado a alguém que esteja no interior dos locais determinados, como estudantes ou presos, bastando que o crime seja realizado nas proximidades, visto que a conduta é considerada mais grave pela mera possibilidade de contato entre eles.

Incide a causa de aumento de pena constante do art. 40, inciso III, da Lei de Tóxicos quando o crime tiver sido praticado nos locais designados no aludido dispositivo. A pena é elevada exclusivamente em função do lugar do cometimento da infração, tendo em vista a exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa. 7. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais (STJ — HC 236.628/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5<sup>a</sup> Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

No que se refere a estabelecimentos penais, existe divergência jurisprudencial a respeito de sua aplicabilidade aos próprios presos ou somente a pessoas que ingressem com drogas no presídio (visitantes, agentes penitenciários etc.). Parece-nos, contudo, que não há nenhuma razão convincente para deixar de aplicar o dispositivo aos próprios presos, já que o texto legal não faz distinção, desde que o entorpecente se destine ao tráfico. Com efeito, se a pessoa reclusa tem a droga para consumo próprio, não se aplica a causa de aumento em questão, que só alcança os crimes descritos nos arts. 33 a 37, nos exatos termos do art. 40, caput.

A parte final do dispositivo refere-se ao tráfico de drogas cometido em transporte público. De acordo com a jurisprudência, é preciso que a própria comercialização ocorra em transporte público ou suas proximidades (estações de trem ou metrô, rodoviárias, terminais de ônibus etc.), não bastando a utilização de trens ou ônibus para o transporte da droga.

A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, entre outros. 2. A aplicação da majorante do inciso III exige a comercialização da droga no próprio transporte público, sendo insuficiente a mera utilização do transporte para o carregamento do entorpecente. Precedentes: HC 119.782, 1<sup>a</sup> Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 03/02/2014 e HC 109.538, 1<sup>a</sup> Turma, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe 26/10/2012. 3. In casu, a Corte Estadual, em sede de apelação, afirmou que “no caso em apreço, verifica-se que a recorrida não se utilizou do transporte coletivo para disseminar entorpecentes, mas tão somente para levar a droga escondida em suas partes íntimas até o destino final. Ou seja, não tinha a intenção de difundir, usar e/ou comercializar a referida droga, aproveitando-se do fato de estar no interior do veículo público (...) (STF — HC 118.676, Rel. Min. Luiz Fux, 1<sup>a</sup> Turma, julgado em 11/03/2014, processo eletrônico DJe 062, 27/03/2014, public. 28/03/2014).

Portanto, não se trata de utilizar o transporte público para realizar o transporte de drogas, que também caracteriza o tráfico, é necessário que haja a comercialização.

## INTIMIDAÇÃO DIFUSA OU COLETIVA - INCISO IV

O objetivo principal dessa causa de aumento é punir de forma mais severa aquele que realiza os crimes dos artigos 33 a 37 de forma intimidatória.

Os grupos de traficantes em que parte dos integrantes faz a segurança de seus pontos de venda com armas de fogo e com intimidações aos moradores da região, terão também a pena agravada, sem prejuízo da punição pelo crime autônomo de associação para o tráfico.

No que diz respeito às armas de fogo, a aplicação da majorante pressupõe que os traficantes efetivamente empreguem a arma em suas atividades ilícitas.

Em tais casos, é grande a divergência em torno da autonomia do crime de porte ilegal de arma de fogo (arts. 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento) em relação ao tráfico com a pena majorada.

Para alguns, haveria bis in idem na dupla punição, de modo que, com base no princípio da especialidade, deveria ser aplicada apenas a majorante da Lei de Drogas. Para outros, não existe bis in idem porque os bens jurídicos atingidos são diversos (a saúde pública e a incolumidade pública), de forma que o agente deve responder pelo tráfico com a pena aumentada e pelo porte ilegal de arma de fogo.

Entendo que a melhor técnica não possibilita a responsabilização pelo crime autônomo de porte ilegal de arma de fogo com a presente majorante, sob pena de caracterizar bis in idem.

Por sua vez, é pacífico que, se a arma de fogo não for utilizada em processo de intimidação difusa ou coletiva relacionada ao tráfico, mostra-se inviável a majorante, não havendo dúvida, em tal caso, de que o réu deve ser punido pelo tráfico em sua forma simples, em concurso material com o crime de porte ou posse de arma de fogo. É o que ocorre, por exemplo, quando a arma é

encontrada guardada dentro de casa; ou o agente, apesar de portá-la, não agia de forma ostensiva, mantendo a mesma escondida por baixo da roupa.

Afinal, quando o texto legal afirma “ou qualquer outra forma de intimidação” deixa claro que não basta a apreensão de droga e arma dentro do mesmo contexto, é preciso que a arma sirva como forma de intimidação.

A propósito:

A Lei n. 11.343/2006 prevê como causa especial de aumento para os crimes previstos nos artigos 33 a 37 o efetivo emprego de arma de fogo, em que o agente porta ilegalmente a arma apenas para viabilizar o cometimento do delito de narcotráfico, e não o fato de possuir ou de portar concomitantemente arma de fogo de uso restrito. 5. Não há como aplicar-se a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo crime do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, quando verificado que o delito de tráfico de drogas não foi praticado com o emprego de arma de fogo (caso em que incidiria a majorante em questão), visto que a arma apreendida não estava sendo utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico. 6. Para afastar o acórdão impugnado e, por conseguinte, concluir que a arma de fogo estava sendo utilizada como meio de intimidação difusa para assegurar o sucesso da mercancia ilícita de drogas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência essa que, conforme cediço, é inadmissível na via estreita do habeas corpus. 7. Habeas corpus não conhecido” (STJ — HC 261.601/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6<sup>a</sup> Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013).

## INTERESTADUALIDADE - INCISO V

Trata-se de inovação da Lei n. 11.343/2006, que passou a prever o agravamento da pena quando a conduta consiste em levar a droga de um Estado para outro, ou para o Distrito Federal, ou vice-versa.

Para sua caracterização, basta que se demonstre a finalidade de transportar a droga de um Estado a outro (ou para o Distrito Federal), não sendo necessária a efetiva transposição da divisa.

Assim, se uma pessoa está levando droga em um ônibus de um Estado para outro, mesmo que a prisão tenha ocorrido ainda no Estado de onde o ônibus saiu, incidirá a majorante.

A incidência da causa de aumento do tráfico interestadual de entorpecentes não exige a efetiva transposição pelo agente da divisa estadual, bastando a comprovação de que a substância se destinava a outra unidade da federação. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ — AgRg no REsp 1.390.977/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5<sup>a</sup> Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013);

---

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a causa de aumento de pena, inscrita no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 — tráfico de substância entorpecente entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal —, não exige, para sua incidência, a efetiva transposição da divisa entre os entes federativos, sendo suficiente a existência de prova no sentido de que a droga seria transportada para outro Estado, ainda que apreendida antes de transpor o limite territorial" (STJ — HC 251.078/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6<sup>a</sup> Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 13/02/2014).

Quando o agente traz a droga consigo a fim de praticar tráfico internacional ou interestadual, o delito considera-se consumado ainda que o sujeito não consiga transpor a divisa ou a fronteira em posse do entorpecente. Inclusive, o agente responde pelo tráfico consumado na modalidade “trazer consigo”, “guardar” ou “transportar” (que constituem crimes permanentes).

O fato de não ter conseguido concretizar a exportação da droga não implica estar o delito meramente tentado. Aliás, conforme já explicado, o agente responderá pelo crime consumado, com o aumento de pena em razão da intenção de levar a substância para outro Estado ou país.

#### ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE - INCISO VI

Quem, no crime de tráfico, “visa” a criança ou adolescente, ou pessoa que tenha sua capacidade diminuída ou suprimida, é aquele que busca neles um consumidor.

A causa de aumento é bastante pertinente, pois é óbvia a maior suscetibilidade dos jovens em se envolver com as drogas, quer pela curiosidade, quer pela inexperiência ou pela necessidade de afirmação perante seu grupo. Já a incapacidade de resistência a que se refere a lei pode ser de qualquer espécie, parcial ou total. Abrange, portanto, as hipóteses de venda ou entrega de droga a pessoa embriagada, doente mental, dependente de drogas etc.

Interessante mencionar que o Estatuto do Idoso havia acrescentado na Lei n. 6.368/76 uma causa de aumento se a venda visasse a pessoa idosa, mas, como a regra não foi repetida na atual Lei de Drogas, restou prejudicada.

Na vigência da Lei n. 6.368/76, não existia a causa de aumento para os casos em que a prática do tráfico envolvesse menor, de modo que o traficante que se unisse a menores para, juntos, venderem drogas responderia por tráfico do art. 12 e pelo delito do art. 14 ou pelo art. 18, III, 1<sup>a</sup> figura — dependendo da espécie de associação (prolongada ou eventual), — e também pelo crime de corrupção

de menores do art. 1º da Lei n. 2.252/54 (atual crime do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente). Seria punido pelo art. 14 ou 18, III, 1ª figura, pela associação e, pela corrupção de menores, por ter-se unido a um menor para o cometimento do delito.

Como a atual Lei prevê aumento de pena para o traficante que envolva menor no delito, a sua punição, atualmente, é feita da seguinte forma: pela venda da droga em conjunto com um menor ou doente mental, responde pelo crime de tráfico (art. 33, caput), com a pena aumentada de um sexto a dois terços, em face do art. 40, VI; se tiver havido efetiva associação com o menor, responde também pelo crime do art. 35, caput.

## FINANCIAMENTO OU CUSTEIO DO TRÁFICO - INCISO VII

Considerando que o art. 36 da Lei prevê crime específico para o agente que financia ou custeia o tráfico, e que para tal delito é prevista pena de oito a vinte anos de reclusão, torna-se necessária uma diferenciação entre o crime autônomo e a presente causa de aumento.

O crime do art. 36 exige que o agente atue como financiador contumaz, que invista valores de forma reiterada no tráfico, como já vimos quando da análise do referido tipo no módulo anterior.

Na presente causa de aumento, o que se verifica é a ocorrência de crime único de tráfico em que alguém atua, de forma isolada, como financiador e, por isso, responde pelo crime do art. 33, caput, com a pena aumentada em razão do art. 40, VII, da Lei n. 11.343/2006.

Há quem defenda, como Ricardo Antonio Andreucci (16), que a diferença entre essa causa de aumento e o crime do artigo 36 está no fato de que a causa de aumento será aplicada nos casos em que o financiador, além de participar do tráfico, também o financia; e que o crime autônomo do art. 36 será aplicado quando o agente apenas financiam, sem se envolver no tráfico em si.

Ocorre que esse entendimento não parece muito acertado, principalmente sob a análise da pena aplicada, pois aquele que participa do tráfico e o financia teria uma pena consideravelmente menor do que aquele que apenas financia, apesar de se tratar de conduta mais grave.