

RESEARCH

Prender a Qualquer Custo: O Tráfico De Drogas e a Pena De Prisão na Fundamentação Judicial Brasileira

Maíra Rocha Machado¹, Mariana Celano de Souza Amaral², Matheus de Barros² e Ana Clara Klink de Melo²

¹ Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, BR

² Crime and Punishment Study Center, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, BR

Autor correspondente: Maíra Rocha Machado (maira.machado@fgv.br)

Com mais de 700 mil pessoas presas, o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking dos países que mais encarceram. Desse total, ao menos 28% estão presas por tráfico de drogas. Diante desse quadro, este texto explora as disputas que se estabelecem entre a lei, o Supremo Tribunal Federal (STF) e a jurisprudência dos tribunais inferiores. A partir de estudo qualitativo e quantitativo de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2017 e 2018, este texto revela os argumentos construídos judicialmente para impedir a aplicação de sanções não prisionais a pessoas condenadas por tráfico, mesmo quando primárias e consideradas com bons antecedentes. De acordo com a pesquisa, os principais argumentos utilizados dizem respeito à quantidade, qualidade e diversidade de drogas apreendidas, a passagem anterior da pessoa condenada pelo sistema de justiça, a situação laboral da pessoa no momento de sua prisão e, ainda, à insuficiência da pena não prisional em caso de tráfico. O texto conclui que a fundamentação das sentenças condenatórias em casos de tráfico favorece a aplicação da pena de prisão, mesmo em situações nas quais o arranjo normativo e a jurisprudência do STF permitiriam decisões desencarceradoras.

Palavras-chave: tráfico de drogas; tráfico privilegiado; cálculo de pena; causa de diminuição de pena; pena alternativa; pesquisa de jurisprudência

1. Introdução

A decisão sobre a pena imposta às pessoas condenadas é uma etapa crucial da atuação do sistema de justiça criminal.¹ Em matéria de tráfico de drogas, no Brasil em especial, opera uma engrenagem jurídica complexa, pouco tematizada dentro e fora do direito.² A partir de material legislativo, doutrinário e jurisprudencial, este texto busca contribuir para a construção de um mais amplo e detalhado diagnóstico dos fatores jurídicos – quadro normativo, processos decisórios e modos de fundamentar – que, juntamente com fatores políticos, têm propiciado o aumento da população prisional brasileira em mais de 700% nas últimas duas décadas.

O texto focaliza as decisões sobre as penas e, em particular, os obstáculos argumentativos construídos judicialmente para impedir a aplicação de sanções não prisionais – como as penas restritivas de direitos – em casos de tráfico de drogas. Ainda que a escassez e a fragilidade dos dados nacionais não permita acessar

¹ Este texto é fruto de pesquisa realizada no Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP sob a coordenação da professora Maíra Rocha Machado. As quatro pessoas apontadas como autoras participaram da definição da amostra, da coleta e da análise dos acórdãos da produção dos dados quantitativos e do levantamento bibliográfico. Atuaram conjuntamente ainda na redação do presente texto.

² Em 2016, a população prisional brasileira girava em torno de 726.000 pessoas, aumento de 707% se comparado com a o início da década de 1990 (DPN 2017, p. 7–9). De acordo com o relatório de 2016, último disponível quando da conclusão desse texto, 28% do total de pessoas presas respondem pelo crime de tráfico de drogas – entre as mulheres esse percentual eleva-se para 62% (DPN 2017, p. 43).

o perfil das pessoas condenadas especificamente por tráfico de drogas, o perfil da população prisional total não deixa dúvida: negras e negros, com baixa escolaridade, jovens, operadores baixos dos mercados ilegais. Perfil que coincide com os resultados de pesquisas sobre as estratégias seletivas da atuação policial e os incentivos institucionais para a produção de flagrantes e prisões a qualquer custo.³

Entre a porta de entrada da prisão em flagrante e a contabilização do total de pessoas em privação de liberdade nas unidades prisionais, a centralidade do poder judiciário se revela no modo como seleciona e interpreta o direito (normas jurídicas, Súmulas e decisões de cortes superiores) e, ainda, no modo como percebe e se posiciona diante da questão do consumo e da comercialização das substâncias que causam dependência física ou psíquica. Esses dois fatores se articulam de várias maneiras na argumentação judicial, frequentemente muito concisa, que decide a qualidade e a quantidade de pena a ser imposta a uma pessoa condenada por tráfico de drogas.

Para avançar sobre esse ponto, este texto se apoia nos resultados quantitativos e qualitativos de duas pesquisas conduzidas em 2017 e 2018 sobre acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁴ A partir desse material, este texto argumenta que a decisão sobre a pena é uma arena de disputas entre diversos atores tanto do sistema político (legisladores) quanto do sistema de direito (tribunais).⁵ Atenta-se aqui a três disputas em particular. A primeira refere-se a um modo de dividir as tarefas que outorga à lei enorme protagonismo em matéria de definição de penas – o que tem como efeito uma certa retração da atuação judicial no processo decisório sobre a pena a ser imposta. A segunda diz respeito à valorização da pena de prisão em detrimento de todos os demais tipos de pena. Essas duas disputas, já documentadas em pesquisas anteriores, são atravessadas por uma terceira que emerge diretamente do material analisado aqui. Trata-se de valorações morais sobre as pessoas que figuram como réis e seu mundo – a partir de visões sobre ‘as drogas’, ‘o tráfico’, ‘os traficantes’ – que interferem diretamente no modo como são interpretadas as normas e decididas as penas.

É ao redor dessas três disputas que este texto está estruturado. Assim, a próxima seção busca sintetizar as principais características do modelo punitivo brasileiro no tocante ao modo de decidir as penas, com vistas a apresentar o modo como as normas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) distinguem o tratamento jurídico das figuras do ‘tráfico comum’ e do ‘tráfico privilegiado’ (seção 2). As seções seguintes focalizam os entraves à utilização da figura do ‘tráfico privilegiado’ vinculados à própria redação do dispositivo da Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas) e à sua alocação em nosso quadro normativo sancionatório (seção 3), bem como aos entraves vinculados ao modelo de substituição por penas não prisionais (seção 4). Esse percurso permitiu identificar que valorações sobre a quantidade e diversidade da droga apreendida ocorrem em diversos momentos do processo de decisão sobre a pena, o que é vedado em nosso sistema jurídico em razão do princípio do *ne bis in idem* – que proíbe dupla punição por um mesmo fato (seção 5).

2. As Amarras da Lei e a Centralidade da Prisão

No direito brasileiro, o campo da punição é fortemente marcado por uma concepção de separação de poderes que atribui ao legislador, e não ao juiz, enorme protagonismo na definição sobre as penas. De acordo com essa concepção, ao legislador cabe estabelecer a norma de sanção, fixando a qualidade (ou o ‘tipo’) da pena, bem como sua quantidade mínima e máxima. Excetuando as penas previstas no crime de uso de drogas, a legislação prevê um único tipo de pena para todos os crimes: a prisão.⁶ Todas as demais formas

³ Ver, nesse sentido, os trabalhos das pesquisadoras Jesus (2018), Sinhoretto et al. (2013) e Grillo (2013).

⁴ A estratégia metodológica adotada na pesquisa sobre o TJSP encontra-se apresentada em detalhe em Machado et al. (2018). No tocante ao STJ, estudamos todos os acórdãos julgados entre 01/12/2017 e 28/02/2018, disponibilizados no site do STJ, acessíveis com a indicação do tráfico privilegiado (art. 33, §4º) no campo ‘legislação’ da ferramenta de busca, o que resultou em 192 acórdãos – 209 casos, levando em conta que alguns desses acórdãos se referiam a mais de uma pessoa. Para nos referirmos às Ministras e aos Ministros que figuraram como reladoras e relatores nos casos de nossa amostra nós utilizaremos, neste texto, o masculino ‘relatores’ ou ‘Ministros’. Isso se deve ao fato de que, no STJ, há somente seis mulheres dentre os 33 membros da corte. Em nossa amostra, somente uma mulher surgiu como relatora, a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Atualmente, a composição da Terceira Seção do STJ, responsável pela seara penal, conta somente com uma mulher, a Ministra Laurita Vaz, conforme informativo da Corte datado de 26 de setembro de 2018: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/imagens/COMPOSICAO_MINISTROS.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2018. Em relação ao TJSP, a predominância masculina já havia sido apontada. De acordo com o levantamento de 07 de fevereiro de 2018, dos 79 membros do tribunal somente quatro eram mulheres (Machado et. al 2018: 611–612 – nota de rodapé n.º 18).

⁵ Sobre essa distinção e seu potencial explicativo, ver Cauchie e Pires (2007; 2011).

⁶ Ainda que a lei utilize diferentes nomenclaturas, como reclusão e detenção. Para um quadro sobre as penas – qualidades e quantidades – previstas na legislação brasileira, ver Machado et al. (2010). O art. 28 da Lei de Drogas prevê para o usuário as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a um programa ou curso educativo.

de sanção – prestação de serviços à comunidade, penas restritivas de direitos, prestações pecuniárias – têm caráter substitutivo e só podem ser impostas pelo juiz se preencherem outros requisitos, também previstos em lei. Um desses requisitos é justamente a quantidade de pena de prisão aplicada pelo juiz. Somente as penas não superiores a quatro anos de prisão podem ser substituídas por outros tipos de pena. Em outras palavras, a prisão é a pena prevista para quase todos os crimes, mas em certas circunstâncias muito específicas e limitadas, também estabelecidas pelo legislador, o juiz poderá substituir a pena de prisão por uma pena alternativa.

Do lado do legislador observamos então diversas normas voltadas a limitar o espaço de atuação do juiz – definindo penas mínimas de prisão, restringindo as hipóteses de utilização de sanções não prisionais, proibindo a substituição por penas alternativas, etc. Trata-se de um quadro normativo que impede o juiz de aplicar a pena – diferente da reclusão (encarceramento) – que porventura considere justa e adequada à pessoa e ao caso concreto. Ainda assim, do lado do judiciário, observamos sistemática aceitação e sujeição: é muito raro encontrar decisões judiciais que desafiem esse quadro normativo em função do princípio da individualização da pena que, no Brasil, tem previsão constitucional. E o que é ainda mais grave: é possível observar situações nas quais o próprio poder judiciário toma decisões que restringem ainda mais seu campo de atuação em matéria de penas.⁷

Em relação aos crimes relacionados a drogas, há, no Brasil, uma lei específica para tratar do tema: a Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas). Dentre outras previsões, essa lei criminaliza, no artigo 33 *caput*, as condutas consideradas tráfico e atribui uma pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.⁸ O art. 42 da mesma lei prevê, ainda, que a quantidade e qualidade da droga apreendida devem ser consideradas na definição da pena (ver **Quadro 1**, abaixo). Como será demonstrado adiante, essa previsão se tornou um dos principais argumentos para enviar à prisão até mesmo as pessoas primárias e de bons antecedentes que poderiam receber penas alternativas.

Especificamente em matéria de tráfico de drogas, a configuração do processo de decisão sobre as penas impõe obstáculos importantes à aplicação de sanções diferentes da prisão. Ao exigir uma pena não superior a quatro anos como um dos requisitos para as penas alternativas, a legislação brasileira elimina, de imediato, a possibilidade de sua aplicação para o crime de tráfico, para o qual a pena mínima prevista é de cinco anos. Esse foi, aliás, o motivo determinante para a elevação da pena mínima do tráfico de três para cinco anos, com a Lei de Drogas: impedir a aplicação de sanções não prisionais em caso de tráfico após a mudança no Código Penal, que estabeleceu o patamar de quatro anos como requisito para a substituição.

Assim, a única possibilidade de aplicação de pena alternativa à prisão está condicionada ao reconhecimento de uma causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Essa norma de sanção permite uma redução de 1/6 a 2/3 da pena quando a pessoa condenada for considerada, pelo juiz, 'primária', 'de bons antecedentes', 'sem dedicação ao crime' e 'sem vinculação ao crime organizado'. Trata-se da figura do 'tráfico privilegiado'.⁹

Em nosso sistema, as causas de diminuição de pena são analisadas na terceira fase do processo de decisão sobre a pena, denominado 'cálculo da pena', pela lei e pela doutrina. O **Quadro 1** sintetiza essas três fases.

A classificação de uma conduta como 'tráfico comum' ou 'tráfico privilegiado' tem severos impactos na qualidade, quantidade e modo de cumprimento da pena. As principais diferenças estão listadas no **Quadro 2**.

Nos limites deste texto, importa destacar que essas duas possibilidades de punição – 'tráfico comum' e 'tráfico privilegiado' – decorrem de alterações e interpretações normativas realizadas pelo STF mas que ainda são disputadas nos tribunais inferiores.¹⁰ A redação original da Lei de Drogas proibia expressamente a

⁷ É o caso da Súmula 231 do STJ, que prevê: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'. Sobre o significado e implicações dessa súmula na decisão sobre as penas, ver Machado (2016).

⁸ 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.

⁹ O texto do art. 33, §4º, da Lei de Drogas: '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'.

¹⁰ No Brasil, máquina judiciária é organizada em instâncias. A primeira instância consiste em uma juíza estadual ou federal que julga, sozinha, os casos que lhe são apresentados. É possível recorrer dessa decisão, sendo que o recurso será apreciado por um Tribunal de Justiça (estadual) ou por um Tribunal Regional Federal, representados, geralmente, por três desembargadores. Nessas duas primeiras instâncias, são avaliadas todas as questões de fato apresentadas pela acusação ou pela defesa, mas é possível interpor novos recursos, dirigidos aos tribunais superiores. Após o julgamento na segunda instância, novo recurso pode ser interposto ao

Quadro 1: As fases do processo de decisão sobre a pena.

1ª fase	2ª fase	3ª fase
Fixação da pena-base, entre 5 e 15 anos de reclusão: Lei de Drogas: “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.”	Incidência das agravantes (reincidência, etc.) e atenuantes (menor de 21 anos, confissão espontânea, etc). Segundo a Súmula 231 do STJ, as atenuantes não podem ser aplicadas de forma a levar a pena abaixo do mínimo legal.	Incidência das causas de aumento e diminuição. As causas de diminuição podem levar a pena abaixo do mínimo previsto em lei.

substituição da pena de prisão por penas alternativas, mesmo quando fosse aplicada a causa de diminuição de pena. Essa proibição foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2010 e seus efeitos foram suspensos, dois anos depois, pelo Senado Federal.¹¹ Alguns anos mais tarde, em 2016, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação afastando a ‘natureza hedionda’ do tráfico privilegiado, no julgamento do habeas corpus 118.533/MS. Isso significa que o regime ultra-rigoroso instituído pela Lei de Crimes Hediondos – que impede regime inicial diverso do fechado e eleva o tempo de cumprimento de pena para progressão de regime e livramento condicional – não deveria ser aplicado aos casos de tráfico privilegiado, ao menos do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal.

O **Quadro 2**, portanto, organiza as duas vias de punição do tráfico de drogas no Brasil levando em consideração as possibilidades interpretativas estabelecidas pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. No entanto, como revelam as pesquisas que dão suporte a este texto, para além dos limites impostos pela própria legislação, o modo como os tribunais inferiores interpretam e aplicam a lei impõem mais e maiores obstáculos à utilização de sanções não prisionais em caso de tráfico de drogas, como se verá a seguir.

3. Bloqueios Argumentativos À Redução da Pena em Caso de Tráfico Privilegiado

O **Quadro 2** sistematiza as diferenças marcantes do tratamento dado ao ‘tráfico comum’ e ao ‘tráfico privilegiado’ pela lei e pela jurisprudência do STF. As diferenças são de várias ordens e alcançam desde o momento inicial do flagrante até a extinção da pena. No entanto, a legislação, ao invés de permitir essa distinção já no momento da qualificação jurídica do fato, isto é, no próprio flagrante, a relega para a última fase do cálculo da pena – posterior, portanto, à etapa de comprovação da autoria e da materialidade dos fatos descritos na denúncia do Ministério Público. O art. 41 do Código de Processo Penal (CPP), que determina o conteúdo mínimo para oferecimento da denúncia, indica que a exposição do ‘fato criminoso’ deve conter ‘todas as suas circunstâncias’, além, claro, da qualificação do acusado, a fim de que seja possível identificá-lo.

Essa exigência justifica-se, no fim das contas, em razão da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV). É importante o acusado saber exatamente o desenho da conduta que lhe foi imputada, a fim de poder se defender da maneira que melhor entender. E, justamente em virtude disso, autores como Aury Lopes Jr.¹² consideram necessário indicar, já na denúncia, as eventuais causas de aumento e diminuição da pena que indiquem possíveis circunstâncias do fato. Observando a figura do ‘tráfico privilegiado’ desse modo, sua aplicação não pode ser percebida como um ‘benefício’ ou uma faculdade do juiz sentenciante. Ao contrário, ao

Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável por apreciar, dentre outras coisas, questões sobre interpretação de legislação federal. Por fim, ainda é possível recorrer ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão que concentra as funções de tribunal constitucional e de última instância recursiva no Brasil. Ressalte-se que, em geral, tribunais superiores não apreciam questões de fato, somente de direito. Além disso, o habeas corpus pode ser julgado em qualquer instância, seguindo, para isso, uma regra procedimental baseada na hierarquia dos órgãos judiciários: é competente para o julgamento o órgão imediatamente superior àquele cujo ato é impugnado no habeas corpus.

¹¹ HC 118.533/MS. Rel. Min. Carmen Lúcia, Plenário, julgado em 23/06/2016. Para mais detalhes sobre essa disputa e sobre os efeitos dessa alteração nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, ver Machado et al. (2018).

¹² ‘A denúncia deverá conter, como exige o art. 41, a exposição do fato criminoso (descrição da situação fática), com todas as suas circunstâncias (logo, tanto as circunstâncias que aumentem/agravem a pena como também as que diminuam/atenuem a pena) [...]’. (Lopes Júnior 2014: 391).

Quadro 2: Tráfico comum e o tráfico privilegiado.

	Pena mínima	Substituição	Regime Inicial	Progressão de regime	Livramento condicional
Tráfico comum (art. 33, caput, Lei de Drogas) – Crime equiparado a hediondo	5 anos	Impossível	Embora haja previsão legal que exige o regime inicial fechado (Lei n.º 8.072/90, art. 2º), há decisões do STF que permitem a adequação do regime em cada caso concreto (HC 111.840/ES e Recurso extraordinário com agravo 1.052.700/MG).	Após cumprimento de 2/5 da pena (primário) ou 3/5 (reincidente) (Lei n.º 8.072/90, art. 2º, p. 2º)	Livramento condicional após mais de 2/3 se não for reincidente específico (CP, art. 83, V)
Tráfico privilegiado (art. 33, §4º, Lei de Drogas) – crime não equiparado a hediondo	1 ano e 8 meses	Possível, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal (HC 97.256/RS e Resolução 5/2012 do Senado)	Desde o julgamento do HC 118.533/MS, o tráfico privilegiado não é mais considerado de natureza hedionda, então não há empecilho à adequação do regime ao caso concreto.	Progressão de regime após cumprimento de 1/6 da pena (LEP, art. 112)	Livramento condicional após 1/3 e após 1/2 se reincidente (CP, art. 83, I e II)

estabelecerem elementos imprescindíveis à caracterização do fato imputado, seu reconhecimento torna-se 'direito subjetivo do acusado' sempre que verificadas as condições estabelecidas em lei (Leite Neto, Silva 2006).

Essa interpretação doutrinária encontra resistência no TJSP. Em alguns julgados identificados pela pesquisa, magistrados extraíram da utilização do verbo 'poder' no texto legal – 'as penas *poderão* ser reduzidas de um sexto a dois terços' – o entendimento de que a lei indicava uma faculdade ao juiz. Consequentemente, ainda que o réu ou a ré cumprisse todos os requisitos, poderia não ter a sua pena reduzida. Um dos acórdãos que expressa esse entendimento afirma que o 'legislador, ao adotar a expressão "poderão", quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante' e não de direito subjetivo do réu. E acrescenta que 'se o legislador entendesse que a benesse (...) era direito do réu, teria usado a palavra "deverão", oriunda do verbo "dever", que significa obrigação, necessidade'.¹³ A pesquisa encontrou decisões em sentido contrário,¹⁴ mas aquele posicionamento ilustra com precisão o modo como o judiciário, em matéria de penas, se posiciona diante do texto legislativo, estreitando sua margem decisória. Ilustra também uma forma particular de compreender uma norma de sanção, tal qual a causa de diminuição discutida aqui, como um 'benefício' que pode ou não ser concedido ao réu.

Mas os entraves tornam-se ainda mais agudos quando atentamos às próprias circunstâncias fáticas que devem ser observadas pelo juiz no momento de reconhecer o tráfico privilegiado. Greco Filho e Rassi (2007: 102), logo após a entrada em vigor da Lei de Drogas, chamam atenção para a dificuldade probatória de condições negativas, bem como à imprecisão dos verbos 'dedicar-se' e 'integrar'.

Para os autores, toda prova negativa é difícil. Desse modo, deveria estar em favor do réu a presunção de que é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, cabendo à acusação o ônus probatório em relação a todos esses elementos. O raciocínio é coerente com a preservação da presunção de inocência, estabelecida no art. 5º, LVII da Constituição. Os autores

¹³ TJSP; Apelação 0015220-36.2009.8.26.0127; Relator (a): Machado de Andrade; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Carapicuíba – 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/09/2011. Ver também, no mesmíssimo sentido, TJSP; Apelação 0067972-12.2015.8.26.0050; Relator (a): Machado de Andrade; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 26ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017.

¹⁴ 'Relativamente à atenuante do §4º do artigo 33, da referida Lei de Drogas, sendo o réu primário e sem maus antecedentes e inexistindo comprovação de que ele integre organização criminosa, impõe-se a aplicação do benefício, por se tratar de direito subjetivo do réu'. TJSP; Apelação 0044890-25.2010.8.26.0050; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/09/2013.

também questionam o modo como o dispositivo emprega os verbos 'dedicar-se' e 'integrar'. O primeiro estaria relacionado a um certo grau de habitualidade, ainda que não exclusiva. Integrar, por sua vez, significa participar como membro da organização criminosa. E essas duas circunstâncias (habitualidade não exclusiva e participação da organização) deveriam ser suficientemente provadas para afastar a incidência do tráfico privilegiado.

Uma década depois, às questões que emergem da leitura do texto normativo somam-se diversas outras, impulsionadas, agora, pelo modo como diferentes instâncias judiciais disputam a interpretação da lei e justificam suas decisões. As pesquisas que se debruçaram sobre a fundamentação do TJSP e do STJ no tocante ao reconhecimento, ou não, do tráfico privilegiado identificaram três pontos especialmente recorrentes e controversos: o modo de valorar a quantidade, natureza e diversidade de droga apreendida, a passagem anterior pelo sistema de justiça e a situação laboral da pessoa condenada.¹⁵

3.1. Quantidade, natureza e diversidade de droga apreendida

O argumento que mais se destacou no estudo sobre a argumentação no STJ consiste na referência à quantidade, à qualidade (tipo) e/ou à diversidade das drogas apreendidas como obstáculos à aplicação de uma pena diferente da prisão. O art. 42 da Lei de Drogas prevê a quantidade e a qualidade da droga como elementos a serem considerados na *primeira fase* da decisão sobre a pena, isto é, na definição da pena-base, entre o mínimo e o máximo, sobre a qual irão incidir as demais circunstâncias (**Quadro 1**). No entanto, como se verá no decorrer deste texto, esses elementos são valorados também em outras etapas de forma isolada ou combinada com outros argumentos.

Frequentemente, as decisões que fundamentam a não aplicação do tráfico privilegiado por esse motivo o fazem considerando que a quantidade e natureza da droga apreendida constituem evidências de que a pessoa dedica-se ao tráfico.¹⁶ Aliada a esses fatores, a forma do acondicionamento da droga também é utilizada como evidência de um 'modus operandi' do tráfico ou ainda de 'intimidade com o tráfico', aptas a caracterizar, de acordo com argumentação do STJ, a dedicação às atividades criminosas.¹⁷

Entre os acórdãos do STJ analisados que forneceram algum tipo de informação sobre as drogas apreendidas (163 dos 192), 46.4% (89 processos) dizem respeito à apreensão de somente um tipo de droga. O restante se divide entre apreensões com dois (41 acórdãos, 21.4%) ou três (29 acórdãos, 15.1%) tipos de drogas, sendo apenas quatro os processos que relataram a apreensão de quatro ou mais substâncias distintas. Com relação à quantidade de cada droga, cabe destacar o elevado número de acórdãos em que a quantidade de drogas não foi mencionada na decisão: 29. Essas situações variaram desde a ausência de qualquer informação até a referência à forma de acondicionamento da droga somente (por exemplo, 20 *trouxinhas* de maconha).

Observando tão somente os 76 casos em que houve reconhecimento do tráfico privilegiado e aplicação do §4º pelo STJ, a quantidade apreendida variou do seguinte modo: nos casos de apreensão de crack, de

¹⁵ Nesse mesmo sentido, Haber (2018: 66), em pesquisa sobre decisões judiciais da primeira instância no Estado do Rio de Janeiro sobre tráfico de drogas, desdobra os argumentos dos magistrados para não concessão do §4º em "(i) réu não primário; (ii) réu sem bons antecedentes; (iii) réu dedicado à atividades criminosas e (iv) réu integrante de organização criminosa". O estudo, com viés predominantemente quantitativo, indicou que em 42,35% dos casos de condenação por tráfico de drogas, a figura do §4º foi aplicada. Ainda, a autora salienta a falta de padrão no entendimento dos magistrados sobre a caracterização da "dedicação à atividade criminosa" e da "integração à organização criminosa" e aponta para a frequente vinculação feita entre tais argumentos e a quantidade de droga apreendida (2018: 78).

¹⁶ Entre os exemplos deste tipo de argumentação, ver o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, qual seja, a dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade e natureza das drogas apreendidas – 393g de 'maconha', 49g de 'cocaína' e 12g de 'crack' –, está em consonância com o entendimento desta Corte. (HC 424.570/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017) E, ainda, 'foi indeferida a sua aplicação em razão da quantidade e diversidade da droga encontrada em poder da paciente' e 'pelo contexto reproduzido no acórdão impugnado, a paciente, embora primária e de bons antecedentes, dedicava-se com frequência ao tráfico de drogas' (HC 332.523/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017). Nesse último caso, a ré portava maconha (23.6g), crack (6.8g) e cocaína (15.5g).

¹⁷ AgRg no HC 424.059/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/02/2018 e HC 413.110/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/02/2018.

1.79 g¹⁸ a 500 g;¹⁹ nas apreensões de cocaína de 1.90 g²⁰ a 11.886 kg²¹ (onze quilos e oitocentos e oitenta e seis gramas); e, em relação à maconha, de 0.85 g²² a 31 kg.²³

No caso em que houve a aplicação da causa de diminuição mesmo diante de apreensão de quase 12 kg de cocaína, tratava-se de um imigrante, condenado por tráfico internacional.²⁴ A segunda maior quantidade de cocaína apreendida em que houve reconhecimento do tráfico privilegiado foi de 4.122 kg (quatro quilos e 122 gramas), também por tráfico internacional.²⁵ As duas situações são particulares por envolverem investigação e processo na esfera federal. Mas colocam em evidência a possibilidade de interpretar o 'tráfico privilegiado' como categoria jurídica desvinculada da quantidade de massa de droga apreendida.

Entre os 132 acórdãos em que o STJ não reconheceu tratar-se de tráfico privilegiado, as menores quantidades apreendidas foram de 1.40 g de crack, 0.2 g de cocaína e 3.6 g de maconha. No primeiro caso, em que houve apreensão de 1.4 g de crack, o réu era primário e portava ainda 20.1 g de cocaína e 43.5 g de maconha.²⁶ Entretanto, não comprovou trabalho formal – o que, em diversas situações, leva o Tribunal a presumir traficância, conforme será tratado a seguir –, tendo sido condenado em regime fechado nas três instâncias pela quantidade, diversidade e natureza das drogas. Teve sua pena fixada em seis anos e seis meses na primeira instância, reduzida a partir da 2ª instância para cinco anos de reclusão. No segundo caso, em que houve apreensão de 0.2 g de cocaína, o réu também portava 5.0 g de crack. Era primário e de bons antecedentes, e teve seu regime convertido para semiaberto apenas no STJ (fechado nas duas instâncias anteriores). A pena-base foi fixada acima do mínimo, sendo o quantum final de cinco anos e dois meses e 500 dias-multa.²⁷ Por fim, no terceiro caso, em que houve apreensão de 3.6 g de maconha, o réu também era primário e com bons antecedentes, e não foi apreendida nenhuma outra droga. A primeira instância reconheceu o tráfico privilegiado e reduziu a pena a um ano e oito meses em regime aberto. Entretanto, foi considerado o fato de que respondia por outro processo de tráfico – sem trânsito em julgado – para configurar sua provável participação em organização criminosa. O tráfico privilegiado e a diminuição da pena foram então afastados nas instâncias posteriores, sendo fixada a pena em cinco anos, em regime semiaberto.²⁸

Esses dados parecem indicar que a quantidade de droga apreendida não é determinante para o reconhecimento ou não do tráfico privilegiado pelos tribunais.²⁹ No entanto, em muitos casos analisados nessa pesquisa, a quantidade de drogas apreendidas aparece, na fundamentação, combinada com outras características da apreensão – como a 'natureza' e a 'diversidade' de drogas – ou outros elementos, como existência de processos em curso ou desemprego, como será discutido a seguir. É o que apontam também Shimizu e Cacicado, ao afirmar que 'os juízes nunca, ou quase nunca, condenam alguém por tráfico com base exclusivamente na quantidade de droga apreendida' (Cacicado, Shimizu 2016). Como indicam os autores, as decisões judiciais utilizam-se de outros critérios, frequentemente ligados à baixa capacidade econômica do réu, ao local de apreensão, entre outras presunções de tráfico ligadas a estigmas de classe.

3.2. Passagem anterior pelo sistema de justiça

O conjunto de decisões estudadas aqui permite observar também que, em algumas situações, a existência de outros processos em curso ou de condenação não transitada em julgado – mesmo não sendo consideradas pelo STJ como maus antecedentes ou reincidência – é utilizada como evidência de envolvimento reiterado da pessoa no crime, impedindo também a aplicação do art. 33, §4º. De acordo com uma das decisões 'a existência de inquéritos e ações penais em andamento, embora não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444 do STJ, constituem fundamento válido a evidenciar a

¹⁸ HC 427.177/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018.

¹⁹ HC 426.070/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/02/2018.

²⁰ HC 428.847/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018.

²¹ AgRg no AREsp 560.737/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/02/2018.

²² AgRg no HC 409.216/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 07/12/2017.

²³ HC 426.070/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/02/2018.

²⁴ AgRg no AREsp 560.737/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/02/2018.

²⁵ HC 418.406/AC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/02/2018.

²⁶ HC 389.588/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017.

²⁷ HC 403.987/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/02/2018.

²⁸ HC 428.404/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018.

²⁹ Não encontramos, no decorrer da pesquisa, menção a experiências normativas internacionais ou reflexões acadêmicas sobre o uso de critérios baseados na quantidade de massa para distinguir modalidades de tráfico, semelhantes aos que existem para diferenciar entre o uso e o tráfico. Mesmo o debate sobre essa última diferenciação permanece em aberto. Ver Carlos (2015), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) (2016), Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPDP) (2016). E, ainda, para um balanço sobre os efeitos perversos da experiência Mexicana de diferenciação entre tráfico e uso com base em parâmetros de quantidade: Giacomello e Guillén (2016).

dedicação às atividades criminosas'.³⁰ Trata-se de entendimento que esvazia completamente o princípio da presunção da inocência. Em nosso material há inclusive decisão em que a 'dedicação à atividade criminosa' está embasada 'em envolvimento do paciente quando menor em atos infracionais'.³¹ As duas únicas situações nas quais os réus tinham outros processos mas não foram considerados em 'envolvimento habitual' com o crime referem-se a um caso de absolvição no processo em curso e a outro caso cujo o processo versava sobre crime de trânsito.³²

Em algumas situações, ademais, o argumento da passagem anterior pelo sistema de justiça, mesmo sem configurar maus antecedentes ou reincidência para o STJ, aparece associado a outros para indicar a 'habitualidade delitiva' do réu, como a quantidade de droga apreendida e a ausência de comprovação de ocupação lícita, discutida a seguir.³³

3.3. Situação laboral

Outro elemento diversas vezes mencionado como indicativo da vinculação do réu à 'atividades criminosas' é sua situação econômica, comprovada, em geral, pela sua situação laboral. Dos 209 casos analisados no STJ, houve algum tipo de menção à situação laboral do réu em 35 deles (16.7%). Desse conjunto, em 14 casos o STJ aplicou ou manteve a aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º, Lei de Drogas. Nos outros 21 casos, o STJ manteve a não aplicação da causa de diminuição. Dentre as razões dadas para a negativa da redução está a conclusão de que a pessoa acusada de tráfico se dedica ao crime ou integra organização criminosa, servindo, para tanto, a falta de comprovação de atividade laboral lícita como um elemento probatório. Pelos trechos reproduzidos nas decisões do STJ analisadas nessa pesquisa, é possível observar que a situação laboral é frequentemente mencionada em prejuízo do réu, mesmo quando há comprovação do exercício de atividade lícita, casos que são minoritários. Em nosso material há decisões que indicam o grau de exigência da comprovação da ocupação lícita, com o uso do advérbio 'aparentemente' ou menção a ausência de comprovação 'satisfatória'.³⁴ Em um dos casos, a sentença consigna que a ré 'se aposentou como auxiliar de enfermagem e que recebe R\$ 2.000,00' e 'passava por dificuldades financeiras por ter uma filha presa e ver-se obrigada a sustentar netos', mas ainda assim considerou que 'a falta de recursos financeiros não constitui licença para a prática de delitos (...) [o] outro entendimento implicaria chancela da impunidade'.³⁵

De maneira geral, a argumentação gira em torno da ideia de que a falta de ocupação lícita indica o envolvimento habitual com organizações criminosas, uma vez que o desemprego é condição que impossibilitaria os réus de comprarem as drogas com seu próprio dinheiro e demonstraria, portanto, seu envolvimento com a organização criminosa que lhe forneceu as drogas apreendidas.³⁶

Por outro lado, notamos um caso que merece destaque, no qual houve uma relativização desse entendimento, atribuindo o ônus probatório não à defesa, a fim de que esta se defenda de uma 'presunção de dedicação à atividade ilícita', mas sim à acusação, para que esta demonstre que o réu realmente se dedicava à atividade ilícita. Percebe-se, portanto, que o respeito à presunção de inocência é posicionamento minoritário dentre os magistrados.³⁷

³⁰ HC 422.614/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/12/2017.

³¹ Ver, por exemplo: HC 422.136/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017 e HC 423.378/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017.

³² HC 357.222/AC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018; HC 413.562/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/12/2017.

³³ Ver, por exemplo, 'há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente, pois, além da quantidade e da natureza da droga apreendida [...], o agente responde a outras ações penais por violência doméstica e crime contra o patrimônio'. HC 421.437/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018. E, ainda 'o paciente dedica-se às atividades criminosas, ante os processos em trâmite a que responde – também pelo delito de tráfico de entorpecentes – e pelo fato de não ter comprovado ocupação lícita, elementos indicativos do tráfico habitual, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte' (HC 415.104/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017).

³⁴ AgRg no AREsp 1003804/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018.

³⁵ Trecho de sentença de primeira instância citada no HC 419254/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/12/2017.

³⁶ Ilustram essa argumentação os seguintes trechos: 'não comprovou exercer função lícita de forma satisfatória, quadro apto a indicar ser mesmo a vil mercancia a "profissão" ou meio de vida dele, daí a dedicação a atividade criminosa incondizente com a benesse, óbice reforçado pela exagerada quantidade do tóxico ínsita à dedicação à vil atividade' (Decisão de segunda instância citada no HC 420.955/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017) e 'o acusado não possui residência fixa e ocupação lícita, eis que, quando foi preso em flagrante, informou que residia 'de favor' na casa de um amigo e que trabalhava como diarista em reciclagem, sendo que esta última informação não restou comprovada nos autos' (Decisão de primeira instância citada no AgRg no AREsp 1131402/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgado em 06/02/2018).

³⁷ 'O réu é primário e, embora não tenha comprovado ocupação lícita, não foi comprovado que se dedicasse à atividade ilícita' (Decisão de segunda instância citada no HC 424.662/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018).

4. A Substituição Por Pena Alternativa: o Problema da 'suficiência'

Apenas quando o tráfico privilegiado é reconhecido e a causa de diminuição aplicada, a pena de uma pessoa condenada por tráfico de drogas pode alcançar um patamar igual ou inferior a quatro anos, primeiro requisito para a substituição da sanção prisional por uma pena alternativa. No entanto, de acordo com o art. 44, III do Código Penal, a substituição só poderá ocorrer se for considerada 'suficiente' diante da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade da pessoa condenada, bem como dos motivos e das circunstâncias do crime. Trata-se de uma norma que funciona como um último filtro para a substituição, já que os incisos I e II do mesmo artigo vedam as penas restritivas de direitos àquelas pessoas com penas superiores a quatro anos, às pessoas condenadas por crimes cometidos com grave ameaça ou violência e às reincidentes em crime doloso. Dessa forma, alguém pode ter atendido a todos os requisitos previstos nos dois primeiros incisos e, ainda assim, não ter a sua pena substituída em razão de um juízo sobre a *insuficiência de sanções alternativas*.

A redação do art. 44, III, CP é semanticamente aberta, permitindo ampla margem de interpretação sobre a (in)suficiência da pena. E, ademais, convocando o intérprete a responder previamente à pergunta 'a pena deve ser suficiente para quê?'.³⁸

Em nosso material, o argumento da (in)suficiência da pena alternativa em caso de tráfico privilegiado apareceu conjugado a três outros fatores: as funções atribuídas à pena (retribuir, dissuadir, reabilitar/educar), a formulações abstratas sobre 'o tráfico' e, ainda, ao já reiterado elemento referente à 'quantidade, natureza e diversidade' das drogas apreendidas. Vale notar que, muitas vezes, esses fatores aparecem de modo combinado nas decisões.

No tocante às teorias da pena, encontramos argumentos que indicam explicitamente que a 'substituição da corporal por restritivas de direitos' é 'incogitável' pelos seguintes motivos: 'seria contrassenso supor que crimes de tão elevada gravidade e relevância pudessem ser abrangidos por esta figuração', 'porque evidente que a benesse, 'in casu', não se afigura suficientemente retributiva', 'absolutamente incompatível a benesse com crime tão nefasto, que destrói indivíduos e lares, dia após dia, em gigantesca onda de traficância que se levanta contra a ordem social' e, ainda, porque 'o tráfico de drogas, sabe-se, é absolutamente interligado a outros crimes, sustentáculo de organizações criminosas, além de verdadeiro corrosivo de qualquer valor social'.³⁹

Esse tipo de fundamentação estabelece apenas um elo com os requisitos do art. 44: a utilização do advérbio 'suficientemente' para se referir ao caráter da pena alternativa. Nenhum dos demais requisitos, que convocam o julgador a observar circunstâncias do caso concreto e da biografia da pessoa condenada, foi mobilizado. Em nosso material, encontramos também decisões afirmando que 'não se mostraria suficiente para a prevenção'⁴⁰ e que 'a substituição não se mostra suficiente para reeducação do sentenciado'.⁴¹

Diante da centralidade da prisão na política de drogas, os esforços para fundamentar a imposição desse tipo de pena apoiam-se fortemente também em valorações abstratas sobre 'o tráfico' e 'o traficante'. Em um dos casos analisados nessa pesquisa, a substituição foi negada em razão da motivação do crime, sendo a sanção alternativa considerada insuficiente devido à 'cupidez ou outra razão de igual vileza [daqueles que] resolvem ganhar a vida desgraçando a dos outros', pois o tráfico seria um 'fator de séria desestabilização familiar e social' e, por isso, merecedor de represália mais rigorosa.⁴²

Nesse mesmo contexto argumentativo, encontramos também decisões que se apoiam na quantidade, da qualidade e/ou da diversidade de drogas para afastar as penas restritivas de direitos. Em uma decisão do TJSP, além de apontar a inviabilidade da substituição devido ao *quantum* da pena, o julgador destacou a insuficiência de medida diferente da reclusão, tendo em vista ser a natureza das drogas (maconha e cocaína) 'extremamente lesiva', além de as quantidades de drogas apreendidas (113.35 g de maconha e 117.68 g de cocaína) demonstrarem 'que a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do crime em comento'.⁴³

³⁸ Sobre o argumento da suficiência da sanção não prisional em condenações por tráfico ver Machado et al. 2018: 628.

³⁹ TJSP; Apelação 0080632-43.2012.8.26.0050; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/09/2013.

⁴⁰ TJSP; Apelação 0090147-68.2013.8.26.0050; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 19ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/05/2017.

⁴¹ TJSP; Apelação 0007377-93.2012.8.26.0198; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Franco da Rocha – 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/09/2013.

⁴² TJSP; Apelação 0017898-12.2015.8.26.0451; Relator (a): Claudia Lucia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba – 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/05/2017.

⁴³ TJSP; Apelação 0002826-23.2014.8.26.0288; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de

O mesmo argumento é encontrado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde a substituição de penas 'mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), especificamente a quantidade, variedade e a natureza das drogas apreendidas'.⁴⁴ Nesse caso, o acusado portava 21 gramas de crack, 56.1 gramas de cocaína e 95.2 gramas de maconha. Por outro lado, a substituição também foi negada a uma pessoa presa com 31 quilos de maconha e 500 gramas de cocaína.⁴⁵

5. A Proibição de Dupla Punição (Ne Bis in Idem)

A mobilização, em diversos momentos da definição da pena, do fator quantidade/natureza/diversidade das drogas apreendidas não é permitida no direito brasileiro e vem sendo objeto de discussão nos tribunais.

Em 2014, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão com repercussão geral, reiterou a sua jurisprudência e determinou que a quantidade, a diversidade e a qualidade de drogas somente podem ser utilizadas em uma das três fases da dosimetria de pena.⁴⁶ Do contrário, haveria valoração negativa, em dois ou três momentos, dos mesmos elementos, o que configura *bis in idem*.⁴⁷ Apesar disso, cortes inferiores seguem decidindo assim e chancelando essa prática. No STJ, julgado de 2018 afirmou ser possível utilizar a quantidade e a qualidade da droga para elevar a pena na primeira fase da dosimetria, assim como para, na terceira fase, afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, 'quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes'. Saliente-se que a possibilidade de substituição da pena de reclusão pelas penas restritivas de direitos depende da incidência da referida causa de diminuição.⁴⁸ Na decisão, a habitualidade do envolvimento com o tráfico é um elemento distintivo em relação ao precedente do STF, embora a corte suprema, naquela oportunidade, tenha frisado que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'.⁴⁹

Dentre os acórdãos do STJ analisados em nossa pesquisa, encontramos 17 situações nas quais esse precedente do STF foi citado.⁵⁰ Entretanto, apenas foi considerada a existência de *bis in idem* em cinco deles, sendo que nos outros 12 a quantidade, a diversidade e/ou a natureza das drogas foram utilizadas tanto na fixação da pena-base quanto para modular a fração da causa de diminuição ou, ainda, para afastar a incidência do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Embora a inobservância de precedente do STF seja sintomática em um cenário no qual a pena de prisão protagoniza as respostas estatais ao tráfico de drogas, a orientação oposta, de respeito à proibição do *bis in idem*, ainda resiste e pode ser encontrada tanto no TJSP⁵¹ quanto no STJ.⁵²

6. Considerações Finais

As pesquisas que embasam este texto revelam o modo como o poder judiciário constrói sua fundamentação de modo a privilegiar a imposição da pena de prisão, e colocam em evidência a centralidade do poder judiciário, e da etapa de decisão sobre as penas, no superencarceramento brasileiro. E o que é ainda mais grave, ao alcançar apenas os operadores baixos, facilmente substituíveis, a justiça criminal mostra-se incapaz de interferir no mercado das drogas que não deu qualquer sinal de enfraquecimento desde o advento da nova lei em 2006.

É claro que a redação da Lei de Drogas não colabora: a formulação na negativa – 'não se dedica ao crime' e 'não integra organização criminosas' – em um contexto de enorme precariedade do princípio da presunção

Ituverava – 2ª Vara; Data do Julgamento: 09/05/2017.

⁴⁴ HC 353.913/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017.

⁴⁵ HC 426.070/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/02/2018.

⁴⁶ A dosimetria da pena é o procedimento empregado para a definição do *quantum* da sanção penal. Nos termos do artigo 68 do Código Penal, a dosimetria ocorre em três fases: (i) definição da pena-base, dentro dos parâmetros legais; (ii) aplicação de agravantes e atenuantes; (iii) aplicação de causas de aumento e de diminuição.

⁴⁷ Recurso Extraordinário com Agravo 666334 RG, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/04/2014.

⁴⁸ HC 430.488/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018.

⁴⁹ Recurso Extraordinário com Agravo 666334 RG, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/04/2014.

⁵⁰ Saliente-se que o STF não impede a utilização da quantidade, da qualidade e/ou da diversidade de drogas como elemento negativo em alguma das fases da dosimetria e, posteriormente, no juízo sobre a fixação de regime inicial para cumprimento de pena. Vide HC 155512 ED, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018.

⁵¹ Vide, por exemplo, a Apelação 0057799-89.2016.8.26.0050; Relator (a): Laerte Marrone; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 24ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/05/2017. No mesmo sentido, a Apelação 0010779-30.2015.8.26.0635; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/05/2017.

⁵² AgRg no REsp 1484961/GO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017.

de inocência, favorece a tendência interpretativa apontada aqui. A vedação à substituição por pena alternativa igualmente: exige que as instâncias inferiores aceitem e incorporem em suas decisões a declaração de inconstitucionalidade do STF.

Mas mesmo diante desse quadro normativo, o princípio constitucional da individualização da pena poderia convocar os juízes a interpretar as normas em função do caso concreto, por mais precárias que sejam as provas produzidas no decorrer da instrução criminal. Aliás, em nosso sistema, caberia justamente aos tribunais realizar o controle da qualidade da prova produzida – o que não vimos acontecer em nenhum dos casos estudados.

Como se viu no decorrer deste texto, a argumentação que bloqueia a diminuição da pena e que afasta a substituição por pena alternativa tende a se apoiar em formulações muito abstratas sobre as visões de mundo dos magistrados no tocante 'ao tráfico'. Até mesmo a reverência judicial ao texto normativo em matéria de penas parece ser matizada aqui, como revela o debate ao redor da utilização reiterada do componente 'qualidade, quantidade e diversidade' de drogas apreendidas.

A precariedade da investigação e da produção probatória – restrita ao depoimento dos policiais e ao laudo referente às substâncias apreendidas (Jesus 2018) – ajuda a compreender esse cenário, mas não justifica a violação ao princípio do *ne bis in idem* e a indiferença dos tribunais inferiores ao entendimento do STF. Essas disputas no interior do poder judiciário mostram-se particularmente visíveis também. Como este texto buscou mostrar, decisões do STF promovem alterações de enorme relevância na Lei de Drogas, o que qualifica, mas não elimina, o debate e o posicionamento divergente dos magistrados que atuam nas instâncias inferiores. O posicionamento atual do STF em relação à possibilidade de executar a pena antes do trânsito em julgado ajuda a ver que esse ator tampouco posiciona-se de modo linear no tocante ao respeito às garantias constitucionais.

Esses resultados ajudam a compreender os limites dos esforços de transformação do sistema de justiça criminal dirigidos à alteração da lei e da jurisprudência do STF. Além disso, eles convocam à ampliação das frentes de pesquisa sobre fundamentação judicial em matéria de penas também para as sentenças de primeira instância. A produção sistemática de conhecimento sobre o modo como as penas são decididas – e judicialmente justificadas a manutenção de milhares de pessoas em prisão – constitui um passo fundamental na elaboração de estratégias políticas e jurídicas que contribuam a modificar esse estado de coisas. E, sobretudo, permitem expor ao debate público o modo como o superencarceramento brasileiro se constrói e se revela, também, na caneta do juiz.

Conflito de Interesses

Os autores não têm interesses conflitantes a declarar.

Referências

- Cacicedo, P e Shimizu, B.** 2016. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCrim*, 286: 8–9.
- Carlos, J.** 2015. Drug Policy and incarceration in Sao Paulo, Brazil. Disponível em https://www.tni.org/files/publication-downloads/idpc-briefing-paper_drug-policy-in-brazil-2015.pdf [Último acesso 17 Outubro 2018].
- Cauchie, J e Pires, A.** 2007. Un cas d'innovation 'accidentelle' en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues. In: Champ pénal/Penal field: Séminaire Innovations Pénales, 28 de setembro de 2007. Disponível em <https://journals.openedition.org/champpenal/1541> [Último acesso 13 Dezembro 2018].
- Cauchie, J e Pires, A.** 2011. Um caso de inovação 'acidental' em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. *Revista Direito GV*, 7(1): 299–330. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000100015>
- Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil.** 2017. *INFOPEN: atualização de junho de 2016*. Brasil, Brasília: DPN. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf [Acesso em 04 dezembro 2018].
- Giacomello, C e Guillén, IB.** 2016. *Propuestas de reforma en casos de mujeres encarceladas por delitos de drogas en México*, 16 de fevereiro 2018. Disponível em http://equis.org.mx/wp-content/uploads/2018/02/Propuesta_de_Reforma_Politiclas_Drogas.pdf [Último acesso em 05 de dezembro de 2018].
- Greco Filho, V e Rassi, J.** 2007. *D. Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva.

- Grillo, CC.** 2013. Coisas da vida no crime: tráfico e roubo em favelas cariocas. Tese não publicada (doutorado), Universidade Federal do Rio de Janeiro.
- Haber, CD, Maciel, NCM, Pinto Junior, JA, Souza, CO, Azeredo, FFP, Pinheiro, GA, Bezerra, GLS, Almeida, IC, Marzullo, IC, Rodrigues, JC, Souza, MVA e Almeida, RCL.** 2018. *Tráfico e sentenças judiciais: uma análise das justificativas na aplicação da lei de drogas no RJ*. Brasil, Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf> [Último acesso em 05 de dezembro de 2018].
- Instituto Terra, Trabalho e Cidadania.** 2016. *Política de Drogas e Encarceramento: Um Panorama América-Europa Sobre*. Brasil, São Paulo: ITTC. Disponível em <http://ittc.org.br/infografico/> [Último acesso 17 Outubro 2018].
- Jesus, MGM.** 2018. *A verdade jurídica nos processo de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Placido.
- Leite Neto, PF e Silva, CDM.** 2006. *Considerações sobre a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei Antitóxicos*. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/artigo/9184-Artigo-Consideracoes-sobre-a-causa-de-diminuicao-de-pena-prevista-no-art-33-4o-da-Lei-Antitoxicos> [Último acesso 17 Outubro 2018].
- Lopes Júnior, A.** 2014. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.
- Machado, MR.** 2016. Entre a lei e o juiz: Os processos decisórios na definição de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*, 126: 181–222.
- Machado, MR, Barros, M, Guaranha, OLC e Passos, JA.** 2018. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(1): 605–629. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5155>
- Machado, MR, Pires, AP, Parent, C, Matsuda, FE, Ferreira, CC e Luz, Y.** 2010. *Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais*. Brasil, São Paulo: Direito GV. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/sispenas/anexos/32pensando_direito.pdf [Último acesso 17 Outubro 2018].
- Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD).** 2016. *Posicionamento sobre a adoção de critérios objetivos para diferenciar uso e tráfico de drogas*, 6 de dezembro de 2016. Disponível em <http://pbpd.org.br/publicacao/posicionamento-da-pbpd-sobre-a-adocao-de-criterios-objetivos-para-diferenciar-uso-e-trafico-de-drogas/> [Último acesso 17 Outubro 2018].
- Sinhoreto, J, Schlittler, MC, Silvestre, G, Bonesso, M e Kathleen, A.** 2013. *A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais*. Relatório final de pesquisa, Universidade Federal de São Carlos. Brasil, São Carlos: UFSCAR. Disponível em https://drive.google.com/file/d/0B2NgsJPC_67bRElxd1VYNELaQjQ/view?usp=sharing [Último acesso 17 Outubro 2018].

How to cite this article: Machado, MR, de Souza Amaral, MC, de Barros, M and de Melo, ACK. 2019. Prender a Qualquer Custo: O Tráfico De Drogas e a Pena De Prisão na Fundamentação Judicial Brasileira. *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(2). DOI: <https://doi.org/10.31389/jied.37>

Submitted: 20 October 2018 **Accepted:** 27 March 2019 **Published:** 05 June 2019

Copyright: © 2019 The Author(s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC-BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited. See <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



Journal of Illicit Economies and Development is a peer-reviewed open access journal published by LSE Press.

OPEN ACCESS