

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

MARIANA LIMA FAQUINELI

**POLÍTICA CRIMINAL DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA E PADRONIZAÇÃO
NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

GOIÂNIA

2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome completo da autora: MARIANA LIMA FAQUINELI

Título do trabalho: POLÍTICA CRIMINAL DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA E PADRONIZAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [X] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(a)(s) autor(a)(es)(as) e ao(a) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Mariana Lima Faquineli, Discente**, em 15/08/2023, às 16:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Gaspar Alexandre Machado De Sousa, Professor do Magistério Superior**, em 15/08/2023, às 18:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **3965565** e o código CRC **831C3697**.

Referência: Processo nº 23070.046022/2023-92

SEI nº 3965565

MARIANA LIMA FAQUINELI

**POLÍTICA CRIMINAL DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA E PADRONIZAÇÃO
NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Trabalho de Curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Goiás,
como requisito para obtenção do grau de
bacharela em Direito

Orientador: Prof. Dr. Gaspar Alexandre
Machado de Sousa

GOIÂNIA

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Faquineli, Mariana Lima

Política criminal de aplicação da pena mínima e padronização na
dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas [manuscrito] /
Mariana Lima Faquineli. - 2023.

XXVII, 27 f.: il.

Orientador: Prof. Gaspar Alexandre Machado de Sousa.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Direito, Goiânia, 2023.

Inclui gráfico, lista de figuras.

1. Política criminal. 2. Pena mínima. 3. Padronização. 4. Dosimetria
da pena. 5. Tráfico de drogas. I. Sousa, Gaspar Alexandre Machado
de, orient. II. Título.

CDU 343



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos 15 dias do mês de agosto do ano de 2023 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “POLÍTICA CRIMINAL DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA E PADRONIZAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS”, de autoria de Mariana Lima Faquineli, do curso de Direito, da Faculdade de Direito da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo Prof. Dr. Gaspar Alexandre Machado de Sousa - orientador (FD/UFG) com a participação da componente da Banca Examinadora: Profa. Dra. Cláudia Luiz Lourenço (FD/UFG). Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição da estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final 10,0 (dez), tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Gaspar Alexandre Machado De Sousa, Professor do Magistério Superior**, em 15/08/2023, às 18:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Claudia Luiz Lourenco, Professora do Magistério Superior**, em 15/08/2023, às 20:20, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3965483** e o código CRC **D3BF57BA**.

RESUMO

Este trabalho acadêmico apresenta uma análise de como a política criminal da pena mínima é empregada nas sentenças criminais por tráfico de drogas, tendo como objetivo geral analisar a dosimetria da pena desse delito, em relação às circunstâncias judiciais referentes a quantidade e a qualidade da droga e em relação à aplicação do tráfico privilegiado. Para a produção deste trabalho de pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo. As hipóteses formuladas foram verificadas por meio de pesquisa bibliográfica e por meio de pesquisa empírica, a qual foi desenvolvida com a coleta de dados, a partir da análise documental das sentenças criminais condenatórias por tráfico de drogas proferidas pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Reclusão da comarca de Goiânia-GO, em face das denúncias oferecidas pela 41ª Promotoria de Justiça da comarca de Goiânia, entre 2021 e 2022. A partir desse levantamento de dados, foi possível identificar que a padronização na dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas na primeira e terceira fase é instrumento para os juízos exercerem a política criminal de aplicação da pena mínima. Assim, percebe-se que o judiciário brasileiro ignora os diversos parâmetros dispostos em lei para definir a pena-base do crime de tráfico de drogas, em especial a quantidade e qualidade de droga e para aplicar a figura do tráfico privilegiado, tratando situações de gravidades distintas com a mesma penalidade, em benefício à política criminal da pena mínima.

Palavras-chave: Política criminal; pena mínima; padronização; dosimetria da pena; tráfico de drogas.

ABSTRACT

This academic work presents an analysis of how the criminal policy of the minimum penalty is used in criminal sentences for drug trafficking, with the general objective of analyzing the dosimetry of the penalty for this crime, in relation to the judicial circumstances regarding the quantity and quality of the drug and regarding the application of privileged traffic. For the production of this research work, the hypothetical-deductive method was used. The hypotheses formulated were verified through bibliographical research and through empirical research, which was developed with the collection of data, from the documental analysis of the criminal sentences for drug trafficking handed down by the Judgment of the 4th Criminal Court of Imprisonment of district of Goiânia-GO, in view of the complaints filed by the 41st Public Prosecutor's Office of the district of Goiânia, between 2021 and 2022. From this data collection, it was possible to identify that the standardization in the dosimetry of the penalty for the crime of drug trafficking in The first and third phase is an instrument for the courts to exercise the criminal policy of applying the minimum penalty. Thus, it is clear that the Brazilian judiciary ignores the various parameters provided by law to define the base penalty for the crime of drug trafficking, in particular the quantity and quality of the drug and to apply the figure of privileged trafficking, dealing with situations of seriousness. with the same penalty, in favor of the criminal policy of the minimum penalty.

Keywords: Criminal policy; minimum penalty; standardization; dosimetry of the penalty; drug trafficking.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – Pena definitiva por tráfico de drogas em anos	19
Gráfico 2 – percentual da pena definitiva por tráfico de drogas em anos	19
Gráfico 3 – Aplicação do tráfico privilegiado	20
Gráfico 4 - Sentenças condenatórias por tráfico de drogas simples e a valoração das circunstâncias referentes à quantidade e qualidade de droga na primeira fase do método trifásico	20
Gráfico 5 - Gráfico 5 - Sentenças condenatórias por tráfico de drogas privilegiado e a valoração das circunstâncias referentes à quantidade e qualidade de droga na terceira fase do método trifásico	21
Gráfico 6 - Pena definitiva nas sentenças condenatória por tráfico simples	21
Gráfico 7 – Pena definitiva nas sentenças condenatória por tráfico privilegiado	21
Gráfico 8 - variedade das drogas traficadas descritas nas sentenças condenatórias por tráfico privilegiado de drogas	22
Gráfico 9 – variedade das drogas traficadas descritas nas sentenças condenatórias por tráfico simples de drogas	23
Gráfico 10 - Peso total das drogas nos processos criminais com condenação por tráfico simples de drogas	23
Gráfico 11 – Peso total das drogas nos processos criminais com condenação por tráfico privilegiado de drogas	24
Gráfico 12 – Fração de diminuição de pena na aplicação do tráfico privilegiado	24

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
<i>ABSTRACT</i>.....	4
LISTA DE ILUSTRAÇÕES	5
1 INTRODUÇÃO	7
2 DAS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	8
3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	9
4 O MÉTODO TRIFÁSICO E A DISCRICIONARIDADE VINCULADA DO MAGISTRADO	10
5 POLÍTICA CRIMINAL DA PENA MÍNIMA	12
6 TRÁFICO DE DROGAS E O BEM JURÍDICO TUTELADO	15
7 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 42 DA LEI 11. 343/2006 E O BIS IN IDEM COM O TRÁFICO PRIVILEGIADO	16
8 A APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	17
9 ANÁLISE DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS POR TRÁFICO DE DROGAS	19
10 CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS	25

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Brasileiro tem por objetivo a tutela dos bens jurídicos mais relevantes em nossa sociedade, quando outros ramos do Direito não puderem, suficientemente, protegê-los, dispondo-os hierarquicamente e atribuindo-lhes uma sanção penal inversamente proporcional ao grau de sua relevância social.

Nesse contexto, fundamenta-se o princípio constitucional da individualização da pena, o qual tem “o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus” (NUCCI, 2015, p. 27).

Contudo, em contrassenso à individualização da pena e às finalidades da sanção penal e do próprio Direito Penal, verifica-se, no judiciário brasileiro, a adoção da política criminal de pena mínima, em nítida discordância com os diversos elementos estabelecidos em lei para a dosimetria da pena.

A Lei n. 11.343/2006 ou Lei de Drogas, ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, buscou a proteção de um relevante bem jurídico: a incolumidade pública, em particular, a saúde pública, descrevendo no artigo 33, caput, e §1º o delito de tráfico de drogas.

Diante da importância do tema, o legislador, no artigo 42 da Lei de Drogas, buscou fornecer instrumentos ao magistrado para correta individualização da pena do crime de tráfico de drogas, atribuindo-lhe o dever de, na fixação da pena, considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto traficado, a personalidade e a conduta social do agente.

Ainda, no §4º do artigo 33, da Lei 11.343/2006, foi estabelecido a figura do tráfico privilegiado, com o fito de distinguir o traficante que se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa, daquele que praticou a conduta típica de forma ocasional.

Dessa forma, o objetivo principal deste trabalho será analisar se padronização na dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, em relação às circunstâncias judiciais referentes a quantidade e a qualidade da droga e ao tráfico privilegiado, são instrumentos para o judiciário brasileiro exercer a política criminal de aplicação da pena mínima.

Assim, esta pesquisa parte da hipótese de que a política criminal de aplicação da pena mínima e a padronização na dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas ofendem o princípio constitucional da individualização da pena, pois consideram que um delito cometido em situações distintas, com gravidades específicas e extensões de dano específicas, cabe a aplicação da mesma sanção penal. E, ainda, da hipótese de que a padronização na dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, em relação às circunstâncias judiciais referentes a quantidade e a qualidade da droga e ao tráfico privilegiado, são instrumentos para o judiciário exercer a política criminal de aplicação da pena mínima.

Nesse sentido, para a produção deste trabalho, será utilizado o método hipotético-dedutivo. As hipóteses supracitadas, serão verificadas por meio de pesquisa bibliográfica e por meio de pesquisa empírica, a qual será desenvolvida com a coleta de dados, a partir da análise documental (sentenças condenatórias) e a sintetização e discussão acerca dos resultados obtidos.

Para tanto, na seção dois serão analisadas as teorias sobre a finalidade da pena. Na seção três será discorrido sobre o princípio da individualização da pena. Na seção quatro será esclarecido como é realizado a dosimetria da pena por meio do método trifásico, associada à discricionariedade vinculada do magistrado. Na seção cinco será apresentado o conceito de política criminal da pena mínima, analisando os limites de suas influências no sistema jurídico-penal brasileiro, tomando por base a obra “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Claus Roxin.

Em seguida, na seção seis será desenvolvido o conceito de tráfico de drogas. Na seção sete será exposto os requisitos para aplicação do tráfico privilegiado. Ainda, na seção oito, será apresentado e criticado o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação aos requisitos necessários para aplicação dessa causa de diminuição de pena.

Por fim, na seção nove, realizar-se-á um levantamento das sentenças criminais condenatórias por tráfico de drogas proferidas pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Reclusão da comarca de Goiânia-GO, em face das denúncias oferecidas pela 41ª Promotoria de Justiça da comarca de Goiânia, entre 2021 e 2022, analisando a dosimetria da pena, sob a perspectiva da política criminal de aplicação da pena mínima.

2 DAS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Em suma, existem três teorias acerca da finalidade da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista.

A teoria absoluta, compreende a pena à par de sua utilidade, meramente um “eco do delito” (CARNELUTTI, 2015, p. 19), ou seja:

como “castigo”, “reação”, “reparação” ou ainda “redistribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento’ (FERRAJOLI *apud* GRECO, 2017, p. 587).

A teoria relativa destaca o utilitarismo da pena, seu caráter preventivo, o qual se subdivide em prevenção geral e especial do delito. A prevenção geral é compreendida como negativa e positiva, esta trata-se da intimidação de parcela da sociedade com inclinações criminosas, para que “possam ser persuadidos [...] a comportarem-se em conformidade com o Direito” (HASSEMER *apud* GRECO, 2017, P. 588), enquanto aquela trata-se da intimidação da sociedade geral, de forma que os cidadãos se sintam dissuadidos à prática delituosa, “exercitando a fidelidade ao direito” (GRECO, 2017, p. 588).

Ademais, a prevenção especial também se subdivide em negativa e positiva. Denota-se negativa, a prevenção especial que visa a:

neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede a praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado (GRECO, 2017, p. 588).

Outrossim, denota-se positiva, a prevenção especial que visa a ressocialização do indivíduo, sua reintegração na sociedade, vez que: “o Juízo, para ser justo deveria ter em conta não somente o mal que alguém fez, mas também o bem que fará; não somente sua capacidade para delinquir, mas também sua capacidade para se redimir” (CARNELUTTI, 2009, p. 78)

A teoria mista, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conjuga o caráter repressivo e preventivo da pena, unificando as teorias anteriormente discriminadas. Nesse sentido, dispõe o *caput* do artigo 59 do Código Penal, que o magistrado deverá estabelecer a penalidade “conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação* e *prevenção* do crime” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Da mesma forma, compreende o *caput*, do artigo 10, da Lei de Execução penal que: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984).

3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Juridicamente, o termo princípio “significa um postulado que se irradia por todo sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (NUCCI, 2022, p. 5). No âmbito do sistema criminal, “os princípios penais e processuais penais [...] devem ser visualizados em conjunto [...], sob a regência de princípios maiores, que são a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal” (NUCCI, 2015, p. 23).

Assim, sob a perspectiva dessas diretrizes, os princípios penais e processuais penais emergem, em especial, o princípio da individualização da pena, o qual, no sistema criminal brasileiro, concretiza-se em três etapas: legislativa, judiciária e executiva. A individualização legislativa trata-se da cominação legal da pena máxima e mínima de um determinado delito. A individualização judiciária trata-se da fixação da pena definitiva para um indivíduo, dentro dos referidos limites atribuídos em lei, por meio da dosimetria da pena. Já a individualização executória trata-se do tratamento individual à cada condenado em relação ao cumprimento da pena.

Em relação ao princípio da individualização da pena na fase judicial, Nucci leciona que:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (NUCCI, 2015, p. 27)

Nesse sentido, Boschi assevera que a individualização judicial:

visa a resguardar o *valor do indivíduo* – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o *homem tem de particular* (apud Nucci, 2015, p. 28, grifo do autor)

Dessa forma, verifica-se que esse princípio coordena os limites legais, o cálculo e a execução da pena, visando assegurar a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, princípios basilares ao Estado Democrático de Direito.

4 O MÉTODO TRIFÁSICO E A DISCRICIONARIDADE VINCULADA DO MAGISTRADO

O magistrado é um sujeito processual, a quem é incumbido a promoção da regularidade processual e a manutenção a ordem no curso dos atos processuais, conforme o

artigo 251, do Código de Processo Penal. Dentre os atos jurisdicionais a ele incumbido estão: o proferimento de despachos, decisões interlocutórias, decisões definitivas e sentenças.

Em sentenças condenatórias, conforme disposto no artigo 387, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, o magistrado deve mencionar na dosimetria da pena as circunstâncias judiciais dispostas do artigo 59 do Código Penal e as circunstâncias agravantes e atenuantes definidas no mesmo dispositivo, cuja existência reconhecer, para, assim, aplicar “as penas de acordo com essas conclusões” (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, verifica-se no referido dispositivo, que o livre convencimento do magistrado deve ser motivado. Assim, não basta que o juiz imponha ao acusado uma pena, é necessário haver justa causa para a penalidade, demonstrada pela devida fundamentação e exposição dos cálculos:

Nos limites estabelecidos pelo legislador – mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena- elige o magistrado o *quantum ideal*, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) [...]. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre eles o juiz pode fazer suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina (NUCCI, 2015, p. 126)

A vinculação da discricionariedade dos magistrados a parâmetros legais se dá porque é a “motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento” (NUCCI, 2015, p. 126), assegurando, assim, ao condenado, princípios fundamentais: a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Não obstante, o inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal dispõe que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988).

O Código Penal adotou em seu artigo 68, *caput*, o método trifásico para o cálculo da pena, descrevendo que: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940). Sobre a adequação esse método, Nucci preceitua que:

permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até concretizar a pena. Ponto a ponto, expõe o magistrado, por intermédio do raciocínio lógico-dedutivo, sua conclusão acerca da medida da sanção penal cabível, individualizando-a como determina a Constituição Federal (2015, p. 149).

Assim, na primeira fase do método trifásico ocorre a fixação da pena-base por meio da avaliação das circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59, do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do delito e comportamento da vítima. Trata-se da:

eleição do quantum inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador [...]. Não se trata de uma opção caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados em lei (NUCCI, 2015, p.145)

Nesse momento, o magistrado também verifica se alguma dessas circunstâncias estão dispostas em lei na forma de qualificadora, agravante ou causa de aumento, pois, caso estejam, deverão ser analisadas apenas como tais, evitando-se o *bis in idem*.

Na segunda e terceira fase do método trifásico o juiz analisa as circunstâncias legais que caracterizam o delito e o condenado:

Podem ser genéricas, ou seja, previstas na Parte Geral do Código Penal, para aplicação a todos os crimes: agravantes e atenuantes. Podem denominar-se específicas, quando previstas na Parte Especial, mas integrando a tipicidade derivada: causas de aumento ou diminuição (existentes nas Partes Geral e Especial) e qualificadores e privilégios (constantes somente na Parte Especial) (NUCCI, 2015, p.133).

Especificadamente, as circunstâncias legais agravantes e atenuantes são avaliadas pelo juiz na segunda fase do método trifásico e estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Na terceira fase do método trifásico o magistrado realiza a avaliação das causas de aumento de diminuição de pena, circunstâncias legais específicas:

As causas de aumento e de diminuição integram a estrutura típica do delito (como ocorre com a tentativa) e permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo [...]. Diferem das agravantes e atenuantes, que precisam respeitar as fronteiras do mínimo e do máximo, porque estas são circunstâncias genéricas, jamais vinculadas ao tipo (NUCCI, 2015, p. 134/135).

Essas circunstâncias apresentam um parâmetro fixo ou variável para aumentar ou diminuir a pena. Nesse caso, fica a critério da sensibilidade e conhecimento do juiz a determinação, de forma fundamentada, da fração de aumento ou diminuição.

Verifica-se assim, que há na legislação brasileira diversos critérios objetivos e subjetivos para que o magistrado possa realizar a devida individualização da pena, vinculando sua discricionariedade à parâmetros legais, sendo, assim, descabido haver pouca variabilidade na individualização judicial das penas.

5 POLÍTICA CRIMINAL DA PENA MÍNIMA

Segundo a ótica positivista, “o Direito Penal é barreira intransponível da política criminal” (LISZT *apud* ROXIN, 2000, p.1) e, portanto, “os esforços sistemáticos [serão estranhos] a qualquer orientação político criminal, devendo mesmo opor-se a ela” (ROXIN, 2000, p. 4). Roxin leciona que:

A frase caracteriza, de um lado o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica [...]. À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado com a tarefa social do direito penal, quanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado “Leviatã” (ROXIN, 2000, págs. 2/3)

Fato é que essa perspectiva limitada e sistemática, provoca a seguinte questão: “de que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?” (ROXIN, 2000, págs. 7/8). Para elucidá-la, Roxin apresenta o seguinte exercício:

Basta imaginarmos um direito penal sem parte geral, para concluirmos que o desprezo a uma teoria do delito, tanto generalizadora, como diferenciadora, em favor de uma “valoração” individual, faria nossa ciência retroceder vários séculos, relançando-a naquele estado de “acaso” e “arbítrio” (ROXIN, 2000, págs. 10/11)

Assim, para solucionar a antítese entre Direito Penal e Política Criminal, sem que um interfira de forma indevida e arbitrária no outro, Roxin propõe que:

De todo exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana” (ROXIN, 2000, p. 20).

Isso porque “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais [...] não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese” (ROXIN, 2000, p. 20), ou seja, o Direito deve integrar as políticas criminais em sua legislação, assegurando não só o avanço dos anseios sociais como também a segurança jurídica:

Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõe uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito (ROXIN, 2000, p. 20).

Verifica-se, portanto, a relevância de introduzir políticas criminais no Direito Penal por meio de um processo legislativo para assegurar a harmonia e previsibilidade do sistema criminal ao tempo que se garante a justiça social, especialmente quanto à dosimetria da pena,

vez que não cabe ao magistrado valer-se da arbitrariedade para forçar a inserção de uma política criminal que entende correta por mero subjetivismo.

Nesse contexto, emerge no judiciário brasileiro a política criminal da pena mínima, em que são “ignorados, ou mesmo menosprezados, os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu” (NUCCI, 2015, p. 316), a fim de se assegurar a justiça social, especialmente ante as condições precárias do sistema penitenciário brasileiro, que mitiga a finalidade ressocializadora da pena. Nesse ponto, Nucci preceitua que:

pode a sociedade sentir-se de certa forma culpada por ser obrigada a impor soluções como o encarceramento de autores de infrações penais, mas, em grande parte, tal se dá por conta do estado atual dos presídios no Brasil, vítimas do descaso dos órgãos do Estado, encarregados de seu funcionamento e manutenção (2015, p. 69).

Contudo, “sabe-se inexistir atualmente opção mais adequada de que a prisão” (NUCCI, 2015, p. 67), não devendo ‘o dizer o direito, papel da jurisdição, [passar] a ser - em alguns lugares forenses – ‘o que eu acho do direito’” (ROSA, 2020, p. 28). Isso porque a discricionariedade do magistrado é vinculada, não devendo modificar a aplicação da lei conforme seu senso de justiça individual, vez que não é papel do judiciário corrigir as omissões do poder executivo e legislativo em face das políticas públicas.

Por meio dessa política criminal, “vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma” (NUCCI, 2015, p. 317). Nucci, ainda, aponta as consequências dessa arbitrariedade judiciária para a justiça social:

Essa tendencia encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torna-la “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Código Penal, art. 59, caput) (NUCCI, 2015, p. 317)

Nesse sentido, Reale Júnior destaca a relevância de se realizar a correta individualização da pena para que as finalidades repressiva e preventiva da pena sejam asseguradas:

Imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e consequências do seu ato” (*apud* Nucci, 2015, p. 317)

Assim, caso a dosimetria da pena fosse relegada à mera arbitrariedade do magistrado, essa seria compreendida apenas como pena-castigo, pois é na individualização que se considera o delito e o condenado para além do fato típico, buscando a medida certa da sanção suficiente para que ele possa ser reintegrado na sociedade. “A busca da pena justa é missão constitucional do juiz, dela não se podendo afastar sob qualquer pretexto, evitando males da pena-padrão” (NUCCI, 2015, p. 371).

6 TRÁFICO DE DROGAS E O BEM JURÍDICO TUTELADO

A Lei n. 11.343/2006, conhecida como “Lei de Drogas”, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e, conforme disposto em seu artigo 1º, *caput*, essa legislação tem por finalidades: a prescrição de medidas para a prevenção do uso indevido de drogas; a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; o estabelecimento de normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; e, por fim, a definição de delitos.

No *caput* e § 1º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006 está disposto o delito de tráfico de drogas, crime de perigo abstrato, pois “o delito consuma-se com simples perigo criado para o bem jurídico” (MIRABETE, 2006, p. 124), sendo que tal perigo é “presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso” (MIRABETE, 2006, p. 123); e de ação múltipla, pois o tipo penal “contém várias modalidades de conduta, em vários verbos, qualquer deles caracterizando a prática de crime” (MIRABETE, 2006, p. 123):

O bem jurídico que o artigo 33, *caput* e §1º pretende tutelar é a incolumidade da saúde pública, tendo por polo passivo a sociedade no geral, vez que é expresso no artigo 196, da Constituição Federal que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A proteção à saúde pública é de tal relevância ao Estado que ao tráfico de drogas é atribuído caráter equiparado a hediondo, conforme inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, sendo vedado ao indivíduo acusado dessa prática criminosa diversos benefícios, conforme o artigo 44, da Lei n. 11.340/2006: “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia [...]” (BRASIL, 2006).

Quanto ao conceito de “drogas”, o parágrafo único, do artigo 1º da Lei 11.343/2006, define que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, verifica-se que esse delito é norma penal em branco, vez que a compreensão de seu preceito primário está sujeita a outro dispositivo legal, qual seja a portaria n. 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em que está disposto quais “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial” (BRASIL, 2006), são consideradas “droga”, atribuindo tipicidade às condutas previstas no título IV da Lei n. 11.343/2006.

Em relação à natureza dessa droga, o relatório de 2019 da Comissão Global de Política sobre Drogas, apontou um estudo conduzido pelo neuropsicofarmacólogo, David John Nutt, para a avaliação dos danos causados pelas drogas no Reino Unido. Essa pesquisa foi produzida por meio da análise dos danos provocados pelas drogas ao consumidor (mortalidade, danos à saúde, dependência, perturbação na função mental) e à sociedade (violência e criminalidade, danos ambientais e internacionais, adversidades para a família e custo econômico e social). A partir desses parâmetros, verificou-se que as drogas ilícitas mais prejudiciais ao consumidor e à sociedade eram, em ordem decrescente: heroína, crack, metanfetamina, cocaína, anfetaminas e maconha.

Portanto, é descabido o tratamento igualitário do tráfico dessas substâncias no cálculo da pena, devendo haver certa proporção entre a sanção definitiva e a potencial ou efetiva lesão à saúde pública.

7 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 42 DA LEI 11. 343/2006 E O BIS IN IDEM COM O TRÁFICO PRIVILEGIADO

Em atenção às particularidades dos delitos tipificados na Lei de Drogas, foi disposto em seu artigo 42 que: “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente” (BRASIL, 2006).

Nesse ponto, destaca-se as circunstâncias referentes à qualidade e quantidade da substância ou produto:

Como se trata de um crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode comparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo um quilograma de maconha com aquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem caráter viciante e destrutivo bem mais elevado que aquela. (LIMA, 2017, p. 1.072)

Contudo, na primeira fase do método trifásico, além de avaliar as circunstâncias descritas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 e no artigo 59, *caput*, do Código Penal, cabe ao magistrado verificar se tais condições configuram o tráfico privilegiado, devendo leva-las em consideração apenas uma vez, ou na primeira ou na terceira fase, ou seja, ou como circunstância judicial ou como causa de diminuição de pena, sob pena se ocorrer *bis in idem*.

Apesar de ser atribuído à figura do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas a nomenclatura de “tráfico privilegiado”, fato é que não se trata de um privilégio, mas sim de uma causa de diminuição de pena, vez que não constitui um tipo penal próprio, com limites de pena singulares, mas sim apresenta frações mínima e máxima para a redução da pena. À colação:

§ 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. (BRASIL, 2006)

Os requisitos dispostos nesse parágrafo são cumulativos, ou seja, ausente um deles, não deverá ser concedido ao indivíduo o benefício. Ainda, quanto a eleição da fração para a aplicação da minorante, destaca-se que:

Como a aplicação da minorante depende da presença cumulativa de todos esses requisitos, é evidente que o preenchimento desses pressupostos, por si só, não autoriza a aplicação da causa de diminuição de pena em seu patamar máximo. Fosse assim, toda vez que o acusado fizesse jus ao benefício legal por preencher todos os 4 (quatro) requisitos, a causa de diminuição de pena seria aplicada no máximo legal -2/3 (dois terços), tornando inócua a previsão legal de um patamar mínimo e máximo. Por isso o quantum de diminuição deve ser fixado pelo magistrado com base em critérios diversos daqueles necessários para a aplicação da minorante [...], de acordo com as peculiaridades do caso concreto, desde que o faça de maneira fundamentada (LIMA, 2017, p. 1.030).

Assim, nota-se que a Lei de Drogas estabelece uma diversidade de critérios para a devida dosimetria da pena, devendo o magistrado atentar-se a eles para proceder a correta individualização da pena, afastando-se de uma pena padrão.

8 A APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) compreende que “A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante

prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006” (AgR no HC n. 200988, relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2021, DJe 06/07/2021), vez que: “a utilização [dessas circunstâncias] na terceira fase só é admitida se constituir uma demonstração do não preenchimento de algum dos vetores legalmente elididos” (AgR no HC n. 199223, relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 03/08/2021, DJe de 03/11/2021).

Fato é que o tráfico privilegiado não constitui tipo penal próprio, sendo mera causa de diminuição de pena e, portanto, deveria ser destinado a casos específicos, quando todos os requisitos dispostos no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006 são preenchidos de forma manifesta e nítida. Caso o contrário, o tráfico privilegiado deveria ser tipo penal próprio ou o tráfico drogas, nos moldes do artigo 33, *caput*, e §1º da Lei n. 11.343/2006, deveria ser sua forma qualificada.

A dedicação à atividade criminosa não está apenas na habitualidade da conduta, mas também na disposição do indivíduo em auxiliar na traficância. Nesse sentido, argumenta corrente minoritária que a natureza e quantidade de droga são fatores relevantes para avaliar a possibilidade de aplicação desse benefício:

In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a significativa quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no Resp 1672617/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 20/10/2017).

É nesse contexto de mitigação das circunstâncias referentes à quantidade e à da qualidade da droga que também emergiu a proposta de súmula vinculante n. 139, à colação:

É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art. 44, ambos do Código Penal (BRASIL, 2020).

Compreende-se a partir desse enunciado e dos julgados do STF anteriormente citados, a intenção da Corte em inverter a hierarquia das circunstâncias judiciais dispostas no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006, considerando preponderantes as circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59, do Código Penal para a fixação do regime da pena e para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, quando reconhecido o tráfico privilegiado.

Por fim, cabe ressaltar que não se defende que basta analisar a qualidade e quantidade de droga para avaliar a dedicação à atividade criminosa do indivíduo, mas sim que

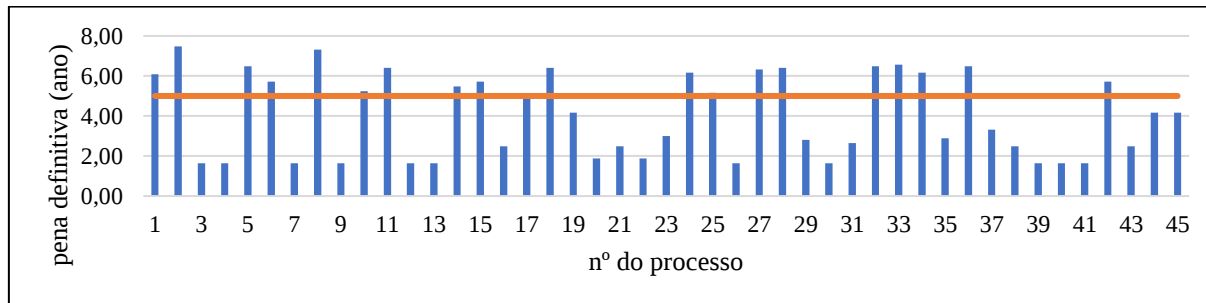
se tais fatores forem únicos e relevantes, não deveria haver limitação jurisprudencial para o afastamento do §4º, da Lei n. 11.343/2006, devendo tal benefício ser resguardado apenas àqueles que de fato não se dedicam à criminalidade.

9 ANÁLISE DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS POR TRÁFICO DE DROGAS

Para compreender como a dosimetria da pena no delito de tráfico de drogas é realizado, foi executado um levantamento das sentenças criminais condenatórias por esse delito proferidas pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Reclusão da comarca de Goiânia-GO, em face das denúncias oferecidas pela 41ª Promotoria de Justiça da mesma comarca, entre 2021 e 2022. Foram examinadas todas as quarenta e cinco sentenças prolatadas nesse período.

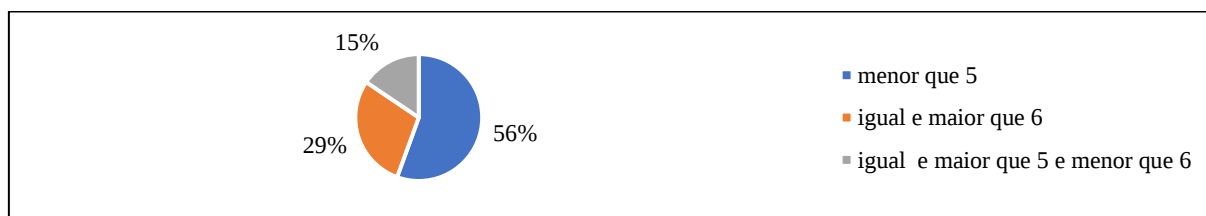
O gráfico 1 demonstra qual a pena definitiva, em anos, disposta em cada sentença condenatória examinada. Verifica-se que a maioria das sanções foram estabelecidas abaixo do mínimo legal, especificadamente 56%, conforme disposto no gráfico 2 e que parte considerável foi estabelecida no mínimo legal ou alguns meses a mais, notadamente 15%, consoante com o discriminado no gráfico 2:

Gráfico 1 – Pena definitiva por tráfico de drogas em anos



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Gráfico 2 – percentual da pena definitiva por tráfico de drogas em anos

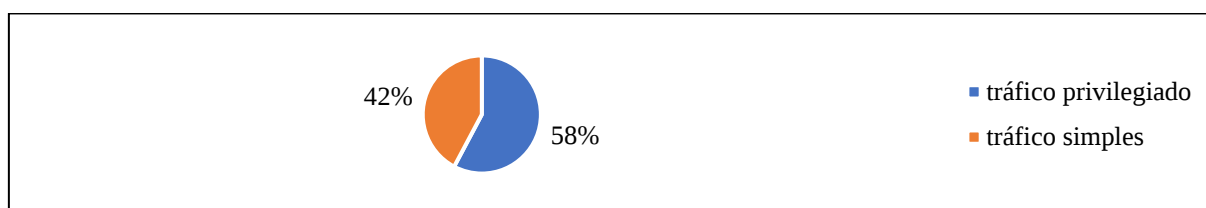


Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Assim, das quarenta e cinco sentenças analisadas apenas doze estabeleceram a pena em seis anos ou mais, o que corresponde a apenas 29%, condizente com o apresentado pelo gráfico acima.

O elevado número de sanções abaixo do mínimo legal se deu pela aplicação indiscriminada do tráfico privilegiado, figura essa que deveria ser exceção, mas que se provou regra. O gráfico 3 aponta que essa causa de diminuição foi aplicada em 58% das sentenças condenatórias ora analisadas:

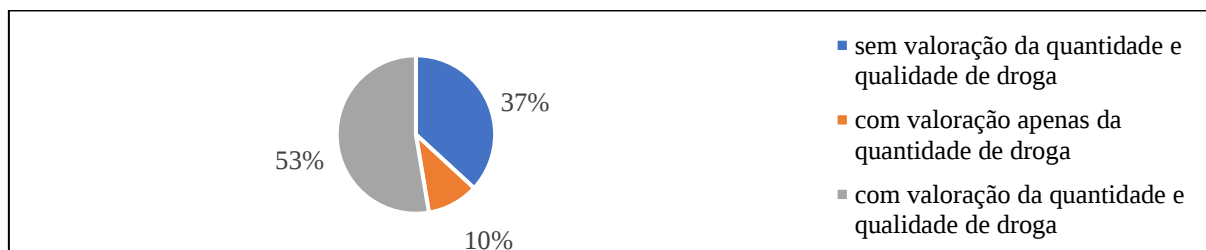
Gráfico 3 – Aplicação do tráfico privilegiado



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Ainda, o gráfico 4 ressalta que em apenas 53% das sentenças condenatórias, que não aplicaram esse benefício, as circunstâncias judiciais referentes a quantidade e qualidade de droga foram valoradas. Não obstante, 37% dessas sentenças não realizaram essa valoração, enquanto 10% valoraram apenas a circunstância judicial referente à quantidade de droga:

Gráfico 4 - Sentenças condenatórias por tráfico de drogas simples e a valoração das circunstâncias referentes à quantidade e qualidade de droga na primeira fase do método trifásico¹

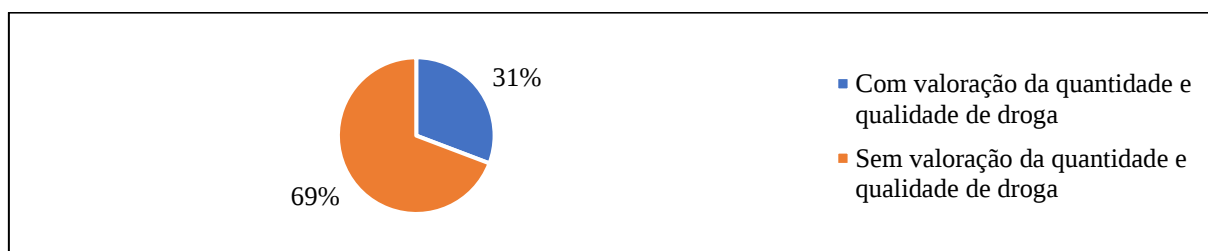


Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Assim, a aplicação inidônea do tráfico privilegiado e a ausência de individualização na primeira fase da dosimetria da pena provocam impactos significativos na pena definitiva para o delito de tráfico de drogas. Não obstante, verifica-se no gráfico 5 que, até mesmo nas sentenças condenatórias por tráfico privilegiado, as circunstâncias referentes à quantidade e à qualidade de droga foram valoradas em apenas 31% dos casos para a definição da fração redutora da pena:

¹ O gráfico 4 possui correspondência de cores com o gráfico 5

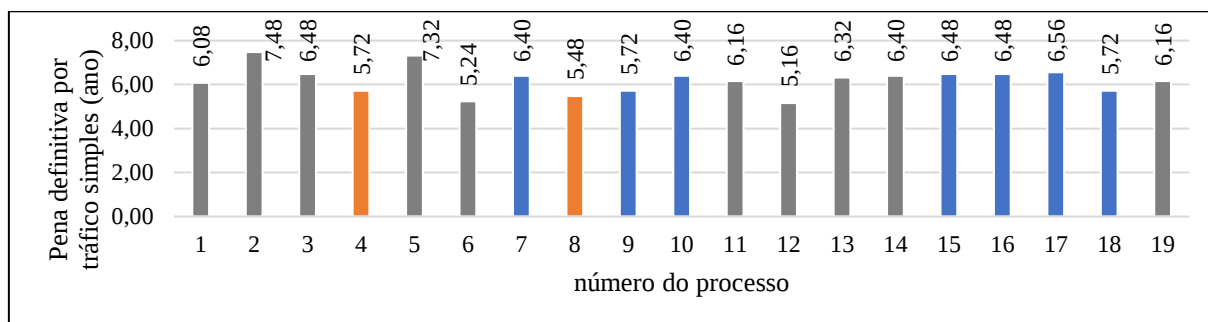
Gráfico 5 – Sentenças condenatória por tráfico de drogas privilegiado e a valoração das circunstâncias referentes à quantidade e qualidade de droga na terceira fase do método trifásico



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

O gráfico 6 expõe que a maioria dos indivíduos condenados por tráfico simples tiveram suas penas fixadas entre cinco e seis anos, chegando a sete anos em apenas duas situações:

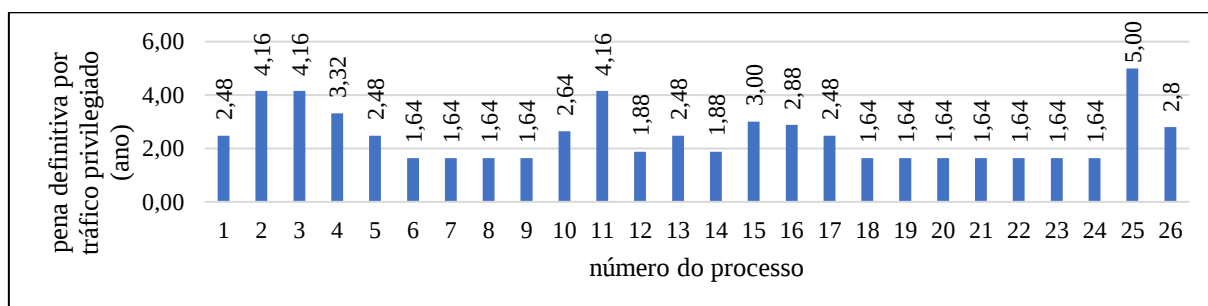
Gráfico 6 - Pena definitiva nas sentenças condenatória por tráfico simples²



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Ademais, o gráfico 7 evidencia que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006 desloca, de forma significativa, a pena definitiva a patamares aquém do mínimo legal:

Gráfico 7 – Pena definitiva nas sentenças condenatória por tráfico privilegiado³



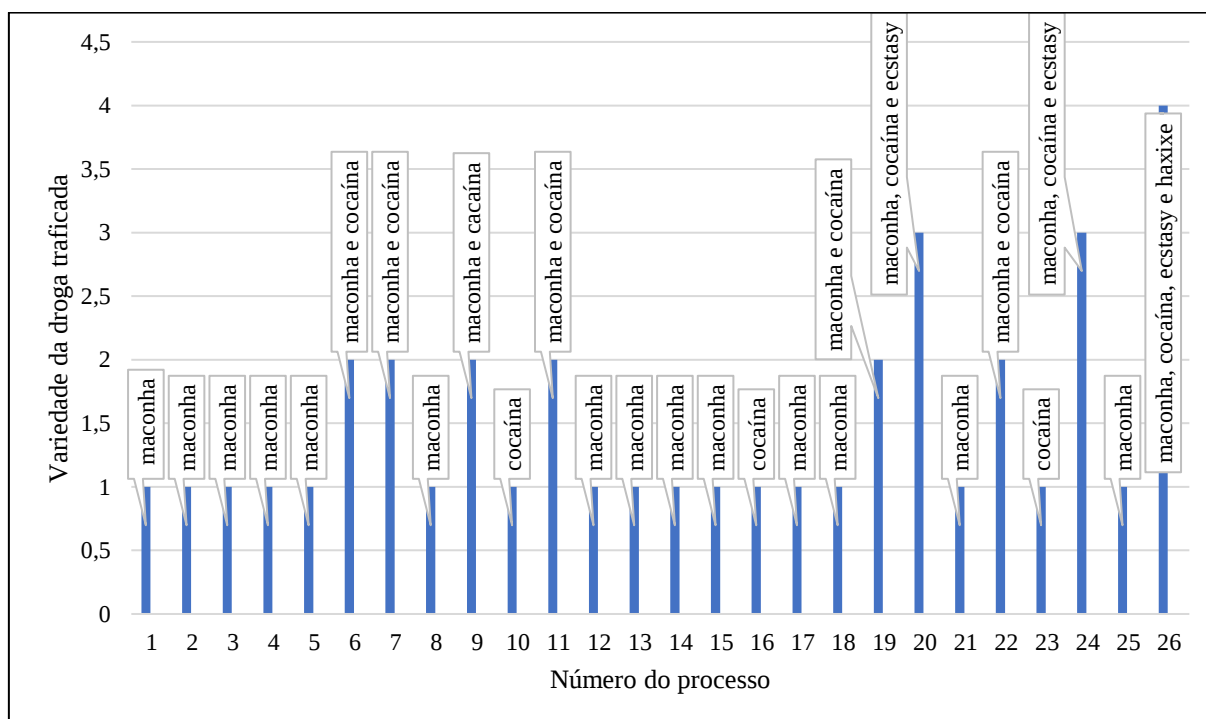
Fonte: Elaborado pela autora (2023).

² Os gráficos 5, 8 e 9 possuem correspondência numérica em relação aos números dos processos

³ Os gráficos 6, 7 e 10 possuem correspondência numérica em relação aos números dos processos

Em uma análise detalhada das circunstâncias fáticas de cada sentença condenatória por tráfico simples e por tráfico privilegiado, percebe-se que os parâmetros que levaram o magistrado a adotar esse benefício são desarrazoadamente nebulosos. O gráfico 8 demonstra que das vinte e seis sentenças que aplicaram o tráfico privilegiado, nove tratam-se do tráfico de duas ou mais substâncias e três tratam do tráfico de somente cocaína, substância com elevado potencial de viciosidade.

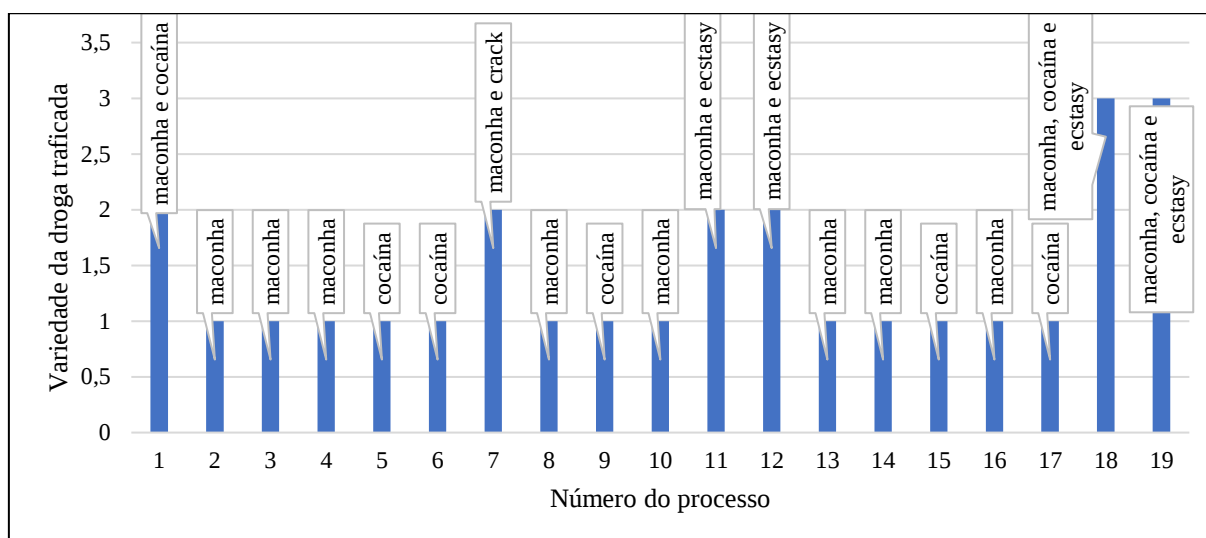
Gráfico 8 - variedade das drogas traficadas descritas nas sentenças condenatórias por tráfico privilegiado de drogas



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

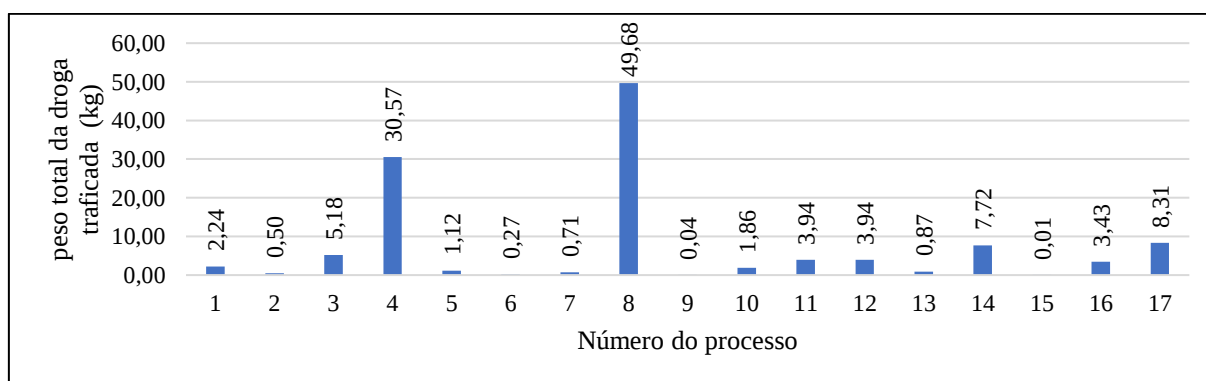
Nesse mesmo sentido, o gráfico 9 expõe que das dezenove sentenças em que foram aplicadas o tráfico simples, seis tratam-se do tráfico de duas ou mais substâncias e cinco tratam do tráfico de somente cocaína, substância com elevado potencial de viciosidade. Assim, não se percebe diferença no tratamento quanto a variedade e qualidade da droga para a atribuição do benefício do tráfico privilegiado:

Gráfico 9 – variedade das drogas traficadas descritas nas sentenças condenatórias por tráfico simples de drogas



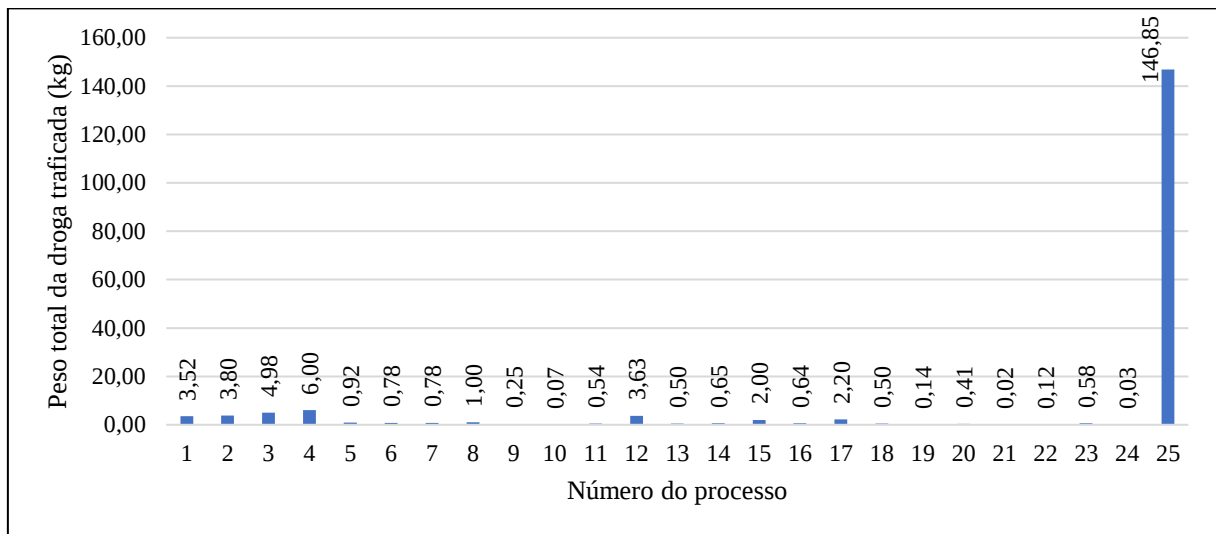
Fonte: Elaborado pela autora (2023).

No gráfico 10 nota-se que na maioria dos casos em que foi aplicado o tráfico simples a quantidade de droga permaneceu acima de quinhentos gramas, valor esse substancial, sendo que pouco mais que a metade permaneceu maior que 1 quilo. Contudo, no gráfico 11 nota-se que na ampla maioria dos casos o tráfico privilegiado também foi adotado nos casos em que a quantidade de droga permaneceu acima de quinhentas gramas, sendo que metade permaneceu igual ou maior a 780 gramas:

Gráfico 10 - Peso total das drogas nos processos criminais com condenação por tráfico simples de drogas⁴

Fonte: Elaborado pela autora (2023).

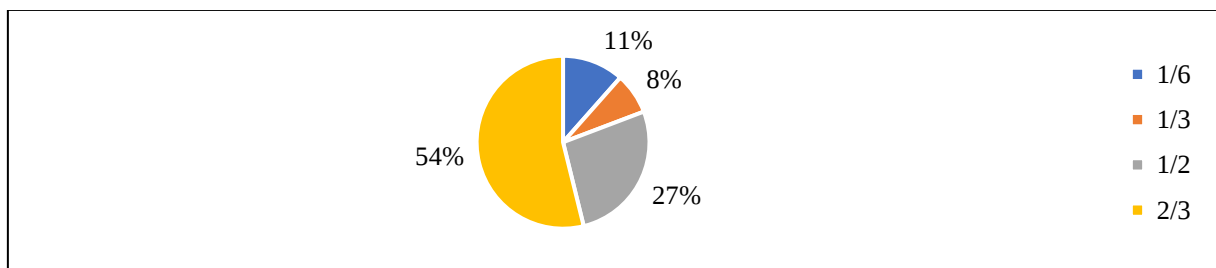
⁴ Como os processos 18 e 19 envolvem tráfico de ecstasy, o qual é quantificado em comprimidos e não em quilos, ele não foi incluído no gráfico 10, mas destaca-se que o processo 18 se trata do tráfico de 0,42 kg de maconha e cocaína e 16 comprimidos de ecstasy, enquanto o processo 19 se trata do tráfico de 0,5 kg de maconha e cocaína e 104 comprimidos de ecstasy

Gráfico 11 – Peso total das drogas nos processos criminais com condenação por tráfico privilegiado de drogas⁵

Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Desse modo, também pode-se inferir que não há diferença no tratamento quanto a quantidade de droga para a atribuição do benefício do tráfico privilegiado. Ainda, o gráfico 12 demonstra qual a fração aplicada pelo magistrado para reduzir a sanção na dosimetria da pena do tráfico privilegiado. Em 54% dos casos foi aplicado a fração de 2/3, a maior possível e apenas em 8% dos casos foi aplicado a fração de 1/3, a menor possível.

Gráfico 12 – Fração de diminuição de pena na aplicação do tráfico privilegiado



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Assim, não só a ausência de valoração das circunstâncias referente a qualidade e quantidade de droga na dosimetria do tráfico simples, como também a aplicação em massa do tráfico privilegiado em sua fração de redução máxima, provocam a padronização do cálculo da pena do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, levando a pena definitiva, respectivamente, a patamar próximo do mínimo legal e abaixo dele.

⁵ Como o processo 26 envolve tráfico de ecstasy, o qual é quantificado em comprimidos e não em quilos, ele não foi incluído no gráfico 10, mas destaca-se que se trata do tráfico de 2,48 kg de maconha, cocaína e haxixe e 4 comprimidos de ecstasy

10 CONCLUSÃO

Apesar do artigo 42 da Lei de Drogas, atribuir ao magistrado o dever de, na fixação da pena, considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto traficado, a personalidade e a conduta social do agente, depreende-se que tal atribuição não é de fato observada pelo judiciário brasileiro.

Especialmente após o desenvolvimento da pesquisa empírica na seção nove, a partir da análise de sentenças condenatórias por tráfico de drogas, compreende-se que a padronização na dosimetria da pena desse delito, em relação às circunstâncias judiciais referentes a quantidade e a qualidade da droga e ao tráfico privilegiado, é instrumento para o judiciário brasileiro exercer a política criminal de aplicação da pena mínima.

A ausência de valoração dessas circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena para a definição da pena base e o uso indiscriminado da figura do tráfico privilegiado em sua fração redutora máxima na terceira fase da dosimetria da pena, não só arrastam a pena definitiva por tráfico de drogas a patamares próximo e inferior do mínimo legal, como também afrontam o princípio da individualização da pena.

A ofensa desse princípio constitucional provoca a mitigação dos objetivos repressivo e preventivo da sanção penal, reduzindo-a a mero castigo, vez que circunstâncias objetivas do delito, referentes a quantidade e qualidade de droga, que deveriam diferenciar as condutas criminosas e, conseqüentemente, as penas destinadas a cada indivíduo, não são valoradas.

A vinculação da discricionariedade dos magistrados a parâmetros legais é o que de fato assegura ao condenado uma sanção justa e adequada, enquanto políticas criminais aplicadas de forma arbitrária e descolada do sistema jurídico penal brasileiro, apenas provocam insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/04/2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 30/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09/04/2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 09/04/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (quinta turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1672617/SP.** Relator Ministro Joel Ilan Pacionik, 20 de outubro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701184885&dt_publicacao=20/10/2017. Acesso em: 19/04/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (segunda turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 199223.** Relator: Edson Fachin, 3 de agosto de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757973781>. Acesso em: 22/06/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (segunda turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 200988.** Relator: Edson Fachin, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756436157>. Acesso em: 19/04/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de súmula vinculante n. 139.** É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP). Sessão Virtual de 28/08/2020 a 04/09/2020. Publicado em: 08/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5697588>.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** São Paulo: Pillares, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** São Paulo: Pillares, 2015.

CLASSIFICAÇÃO de Substâncias Psicoativas: quando a ciência foi deixada para trás. Comissão Global de política sobre drogas, 2019. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2019/06/2019Report_POR_web.pdf. Acesso em: 25/04/2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017. v.1.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único.** 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 23ª ed. São Paulo, Atlas, 2016. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal: *A short Introduction***. Florianópolis: Emais, 2020.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.