

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS
Uma análise da discricionariedade judicial no aumento da pena-base no crime de tráfico**

CAROLLINE MELLO GOMES

**Rio de Janeiro
2023**

CAROLLINE MELLO GOMES

A DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS

Uma análise da discricionariedade judicial no aumento da pena-base no crime de tráfico

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Salo de Carvalho.**

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

G633d Gomes, Carolline Mello
 A Dosimetria da Pena e o Direito Penal da Guerra
 às Drogas - Uma análise da discricionariedade
 judicial no aumento da pena-base no crime de
 tráfico / Carolline Mello Gomes. -- Rio de Janeiro,
 2023.
 68 f.

 Orientador: Salo de Carvalho.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

 1. Dosimetria da Pena. 2. Direito Penal. 3.
 Tráfico de Drogas. I. de Carvalho, Salo , orient.
 II. Título.



ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: 24/11/2023

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos(as) professores(as): Ms. Adalene Ferreira Figueiredo da Silva (Unilasalle), Ms. Guilherme Machado Siqueira (Unilasalle) e Dr. Salo de Carvalho (UFRJ).

Reuniu-se para examinar a MONOGRAFIA da discente: CAROLLINE MELLO GOMES - DRE 119034889
INTITULADA: A DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS: uma análise da discricionariedade judicial no aumento da pena-base no crime de tráfico.

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELA DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR:

	Respeito à Forma (até 2,0)	Apresentação Oral (até 2,0)	Conteúdo (até 5,0)	Atualidade e Relevância (até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador	2	1,5	4	1	8,5
Prof. Membro 01	2	1,5	4	1	8,5
Prof. Membro 02	2	1,5	4	1	8,5

MÉDIA FINAL: 8,5

PROF. ORIENTADOR: Dr. Salo de Carvalho

NOTA: 8,5

PROF. MEMBRO 01: Ms. Adalene Ferreira Figueiredo Silva

NOTA: 8,5

PROF. MEMBRO 02: Ms. Guilherme Machado Siqueira

NOTA: 8,5

MÉDIA FINAL*:



Documento assinado digitalmente
GUILHERME MACHADO SIQUEIRA
Data: 24/11/2023 18:50:23-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

NOTA: 8,5 (OITO

VIRGULA CINCO)



Documento assinado digitalmente
ADALENE FERREIRA FIGUEIREDO DA SILVA
Data: 24/11/2023 19:15:34-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

* O trabalho recebe indicação para o PREMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10,0 dez) () SIM () NÃO



Documento assinado digitalmente
SALO DE CARVALHO
Data: 25/11/2023 11:46:24-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Para minha bisa, minha matriarca de 91 anos que, ao partir, nos deixou uma herança de força, resiliência e amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus avós Nádía e Octávio, por serem meus apoiadores nº 1. Na luta diária de cada dia, entre faculdade, estágio e alguns concursos, foram eles que formaram meu pilar principal. Era meu avô que me levava e me buscava na estação de trem todos os dias, ao ir e voltar dos compromissos acadêmicos. Era meu avô que, quando eu estava de *home office*, ouvia algumas reuniões do estágio e perguntava, ao desligar, de quem era a voz que falou determinada coisa. Era minha avó que me acordava na hora certa caso eu passasse do horário para ir à faculdade, e era minha avó que fazia (como ainda faz) marmitta no dia anterior para que eu leve no dia seguinte para o estágio. Se sou o que sou, devo a vocês.

Agradeço também à minha mamãe Danielle, que sempre se fez presente. Sempre me ligou no mínimo três vezes ao dia para saber como estou. Sempre veio me visitar quando pôde. Sempre me ouviu, me deu carinho e colo em todas as vezes que precisei. Se meus avós foram meus pilares práticos, do dia a dia, minha mãe foi meu pilar emocional. E segue sendo.

Agradeço aos meus padrinhos, Penha e Álvaro, que sempre se estiveram por perto e acompanhando cada passo meu. Como cumpridores da função de padrinhos, rezavam (e rezam) por mim todos os dias. Pela minha segurança, pela minha saúde, e pelo meu sucesso. Eles têm e terão, eternamente, minha incondicional gratidão — e meu profundo amor.

Agradeço aos meus titios, Marcella e Felipe, que sempre foram referência profissional e acadêmica para mim. Embora balzaquianos, são preservadores de um espírito adolescente ímpar, sendo os verdadeiros responsáveis pela minha distração e meu lazer durante praticamente toda minha vida.

Agradeço ao meu namorado Felipe, por estar, desde o final de 2020, ao meu lado para tudo: por ter comemorado todas as minhas vitórias, por ter lamentado minhas derrotas, por ter sido compreensivo em todos os (muitos) momentos que isso se fez necessário e, por fim, mas não menos importante, por ter me ajudado a revisar este estudo.

Sem todos vocês, eu nada seria.

“Vendem-se pessoas como mercadoria, valorizam-se pessoas como mercadoria, e ninguém é mais do que o preço que o mercado lhe atribui. Na verdade, somos todos traficantes de nós mesmos. A competitividade é cruel, podendo ser cruel a repressão a qualquer mercadoria. Vencedores não trazem a pecha de criminosos, seja legal ou ilegal, formalmente falando, os seus ganhos. Aos perdedores, o descaso, da miséria ou do cárcere”.
(Valois)

“Nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de “encarceramento”, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha”.
(Foucault)

RESUMO

O presente estudo analisa a primeira fase da dosimetria da pena aplicada pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando da condenação de indivíduos pelo crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A análise perpassa por alguns apontamentos teóricos acerca do tipo penal e do cálculo dosimétrico, além de contar com dados que ilustram objetivamente a realidade brasileira. A premissa metodológica da pesquisa, por sua vez, consiste em um exame de 40 (quarenta) decisões colegiadas, dentre as quais 9 (nove) foram analisadas de forma mais profunda. Toda a análise possuiu como objetivo principal evidenciar as reflexões que guiam este estudo, qual seja, a inequívoca existência de uma latente discricionariedade judicial ao se fixar a quantidade da pena dos indivíduos incurso na sanção penal do crime de tráfico de drogas, sobretudo quando se analisa a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido. Ao final, procura-se formular algumas conclusões possíveis diante dos resultados obtidos, à luz dos apontamentos doutrinários formulados ao longo do material e, ainda, sob uma perspectiva crítica.

Palavras-chave: Tráfico de drogas; Pena-base; Dosimetria; Circunstâncias Judiciais; Quantidade; Natureza; Espécie.

ABSTRACT

The present study examines the initial phase of the penalty calculation by the judges of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro when convicting individuals for the crime of drug trafficking, as provided in Article 33 of Law No. 11.343/2006. The analysis includes some theoretical considerations regarding the criminal offense and the sentencing calculation, along with data that objectively illustrate the Brazilian reality. The methodological premise of the research consists of an examination of 40 (forty) collective decisions, among which 9 (nine) were analyzed in greater depth. The main objective of the analysis is to highlight the reflections that guide this study, namely, the unmistakable existence of judicial discretion in determining the quantity of punishment for individuals involved in the criminal offense of drug trafficking, especially when considering the quantity and nature of the seized narcotics. In the end, the study seeks to formulate some possible conclusions based on the results obtained, in light of the doctrinal considerations outlined throughout the material and from a critical perspective.

Keywords: Drug trafficking; Base penalty; Sentencing calculation; Judicial circumstances; Quantity; Nature; Type.

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 01 - Critérios Seleccionados para a Análise Qualitativa dos Julgados	28
Tabela 02 - Resultados Encontrados	31
Tabela 03 - Posição do Quinto Julgado de cada Câmara Criminal.....	33
Tabela 04 - Resultado Sistematizado	35
Tabela 05 - Relação Quantitativa por Câmara Criminal.....	36
Tabela 06 - Caso 3	39
Tabela 07 - Caso 4	41
Tabela 08 - Caso 5	44
Tabela 09 - Caso 10	46
Tabela 10 - Caso 13	48
Tabela 11 - Caso 16.....	49
Tabela 12 - Caso 21	50
Tabela 13 - Caso 23	53
Tabela 14 - Caso 32	55
Tabela 15 - Resultados Analisados	57

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 01 - Índice de Quantidade.....	34
Gráfico 02 - Índice de Natureza.....	35
Gráfico 03 - Índice de Aumento da Pena-Base por Câmara Criminal.....	36

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas;

SISDEPEN - Sistema de Informações Penais;

STJ - Superior Tribunal de Justiça;

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro;

ADA - Amigos dos Amigos;

TCP - Terceiro Comando Puro;

CV - Comando Vermelho;

DPERJ - Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A INTERSEÇÃO ENTRE O TRÁFICO DE DROGAS E A DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL	14
2.1. O tráfico de drogas no Brasil.	14
2.2. A pena.	17
2.2.1. As teorias da pena.	17
2.2.2. A dosimetria da pena no Direito Penal brasileiro: a pena-base.	20
3. METODOLOGIA APLICADA.....	25
4. ANÁLISE QUANTITATIVA DOS RESULTADOS OBTIDOS	30
5. ANÁLISE QUALITATIVA DOS RESULTADOS ENCONTRADOS.....	38
5.1. Caso 3: Rafael, Rodrigo e Rodolfo — Proc. nº 0120608-24.2020.8.19.0001.....	39
5.2. Caso 4: Gabriel e Gustavo — Proc. nº 0021737-17.2020.8.19.0014.	41
5.3. Caso 5: Francisco, Fernando e Fábio — Proc. nº 0022939-29.2020.8.19.0014.....	44
5.4. Caso 10: Igor — Proc. nº 0074838-08.2020.8.19.0001.....	46
5.5. Caso 13: Carlos — Proc. nº 001197-22.2016.8.19.0067.	48
5.6. Caso 16: Sandro e Sabrina — Proc. nº 0009222-17.2022.8.19.0066.	49
5.7. Caso 21: Jamil — Proc. nº 0081119-43.2021.8.19.0001.....	50
5.8. Caso 23: Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago — Proc. nº 0017910-02.2021.8.19.0066. 52	
5.9. Caso 32: Álvaro e Arnaldo — Proc. nº 009563-37.2022.8.19.0001.....	54
6. ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS SELECIONADOS	57
7. CONCLUSÃO E RESPOSTAS	63
8. REFERÊNCIAS.....	67

1. INTRODUÇÃO

Drogas. Estupefacientes, entorpecentes, alucinógenos, narcóticos. Essas são algumas das opções dadas pelo primeiro sítio eletrônico que retorna na busca por “sinônimo de drogas” no *Google*¹. Diz-se isso porque este foi exatamente o ponto de partida desta pesquisa: mapear as palavras semanticamente parecidas com “drogas”, com o único intuito de fazer este estudo não ser repetitivo. Afinal, em um tema tão específico como esse, é natural que a mesma palavra seja utilizada à exaustão. Fazia-se necessário, portanto, encontrar outras definições, outras perspectivas, para se chegar a um mesmo denominador comum: drogas.

Mas os sinônimos não foram as únicas figuras multifacetadas relacionadas a esta pesquisa. A guerra às drogas é, por si só, uma temática *multi*: multiforme e multidimensional. Ela envolve uma série de personagens e fatores que, juntos, ocupam papéis centrais na explicação da sua própria razão de ser. Há o indivíduo que consome ou comercializa; há o policial, inimigo declarado desse indivíduo; há o juiz, a figura togada, o senhor dos destinos; há a família, os vizinhos, os amigos, a facção. E, ainda, o cárcere, as mortes, e um verdadeiro *apartheid* social que sabe exatamente como e quem atingir².

O estudo da temática das drogas é, tal como ela própria, recheado de nuances. Pode-se abordar o campo social-antropológico, cujo cerne focaria numa análise empírica de locais notadamente conhecidos pela presença das drogas. Pode-se dissertar sobre as prisões e a dura realidade carcerária dos indivíduos a ela submetidos. Ou, ainda, sobre possíveis políticas públicas a serem adotadas pelo Estado a fim de mitigar os danos oriundos desse combate.

Este estudo, contudo, se destina a uma das infinitas facetas possíveis relacionadas à temática das drogas: a análise da dosimetria da pena daqueles condenados por tráfico, especificamente na primeira fase do cálculo e sobretudo quando a quantidade e a natureza do entorpecente influenciam no *quantum* final da repressão. Afinal, o que aproxima cada uma das

1 NEVES, Flávia. Sinônimo de drogas. set. 2017. Disponível em:

<<https://www.sinonimos.com.br/drogas/#:~:text=Subst%C3%A2ncias%20alucin%C3%B3genas%20e%20entorpecentes%3A,%2C%20t%C3%B3xicos%2C%20excitantes%2C%20estimulantes>>. Acesso em 25 out. 2023.

2 “Se o comércio ilegal de drogas movimenta bilhões, ou o Brasil não tem tráfico, o que é improvável, ou a atividade policial está realmente direcionada para a repressão da pobreza, vez que no sistema penitenciário só encontramos traficantes pobres”. (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017).

hipóteses acima, pode-se dizer, é o tráfico de drogas. Todos os personagens envolvidos nessas circunstâncias estão, no todo ou em parte, imersos na realidade do tráfico — seja como vítimas, seja como soldados, seja como vencedores.

Para isso, esta monografia será dividida em seis capítulos. No primeiro, será feito um breve apanhado sobre em que medida o tráfico de drogas e a dosimetria da pena no Brasil se entrelaçam. O capítulo será subdividido em dois tópicos, no qual o primeiro será destinado a traçar um panorama sobre este crime em si, com dados específicos que retratam a realidade brasileira e apontamentos crítico-doutrinários; e o segundo será reservado a uma descrição ampla de algumas das teorias utilizadas para justificar a aplicação da pena, bem como a uma explicação objetiva de como funciona a dosimetria de acordo com o Código Penal brasileiro.

No segundo capítulo, será demonstrado de forma pormenorizada as premissas metodológicas que orientaram a pesquisa. Serão abordadas as dificuldades encontradas no decorrer das buscas, como se deu a seleção dos dados, quais foram os critérios utilizados e, ainda, algumas percepções obtidas com a própria vinda dos resultados. Além disso, o capítulo conta com uma série de instrumentos gráficos e visuais para dinamizar o entendimento do leitor acerca do universo objeto do estudo.

No terceiro, quarto e quinto capítulos, será feita a análise propriamente do material coletado com a pesquisa. A análise, por sua vez, foi fragmentada em três partes para organizar os objetivos, de modo que o terceiro capítulo é destinado à análise quantitativa dos resultados encontrados; o segundo capítulo, à análise qualitativa e, por último, o quinto capítulo, à análise comparativa e crítica. O exame dos resultados coletados, por sua vez, será restrito à análise da quantidade (e natureza) do entorpecente encontrado com o réu.

O sexto capítulo, enfim, destina-se à conclusão. Nele, buscar-se-á responder alguns questionamentos formulados adiante, que, para além das premissas metodológicas, também serviram como um guia que fundamentou este estudo. Tratam-se de dúvidas reflexivas que colaboram para direcionar o leitor ao objetivo desta pesquisa e que, ao final, serão respondidas com base nos resultados obtidos.

Apesar da quantidade de capítulos, o objetivo desta monografia não é o de se estender para além do razoável, mas apenas propor um entendimento crítico e atento à realidade criminal que assola os brasileiros relativamente ao tráfico de drogas e que, conforme se verá, mais se assemelha a um *looping* infinito e sem perspectivas de melhora, tampouco de fim.

2. A INTERSEÇÃO ENTRE O TRÁFICO DE DROGAS E A DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL

2.1. O tráfico de drogas no Brasil.

No dia 23 de agosto de 2006, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 11.343/2006 (“Lei de Drogas” ou “Lei de Tóxicos”)³. Segundo seu preâmbulo, a legislação, além de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (“Sisnad”), possui outras funções como (i) prescrever “medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”; (ii) estabelecer “normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”; e (iii) definir crimes e outras providências⁴.

Buscava-se, portanto, o equilíbrio entre as políticas de inclusão social daquele que não comercializa a substância, mas apenas a consome, e a repressão daquele que, dentre diversas outras condutas, lucra ou passa adiante o entorpecente.

O equilíbrio, contudo, contrasta com a realidade. Para evidenciar o contraste de forma efetiva, o Sistema de Informações Penais (“SISDEPEN”) — ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, que reúne informações acerca da população carcerária e dos estabelecimentos penais no Brasil — realiza, ano após ano, uma pesquisa de dados no bojo de todas as penitenciárias brasileiras⁵.

De acordo com as informações disponíveis no sítio eletrônico, a coleta dos dados “é feita através de ciclos, que possuem um período de 6 meses. Assim, um mesmo ano possui 2 ciclos, sendo um deles no primeiro semestre (de janeiro a junho) e o outro no segundo semestre

3 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.

4 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 18 out. 2023.

5 SISDEPEN - Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em 18 out. 2023.

(de julho a dezembro”⁶. As informações, por sua vez, são obtidas por meio de um formulário eletrônico, respondido semestralmente por servidores indicados pelas próprias secretarias de administrações prisionais dos entes federados. O formulário, também disponível *online*, conta com 17 (dezesete) laudas de perguntas, que abarcam questionamentos sobre características que vão desde os presos e do estabelecimento prisional até os visitantes e funcionários.

Segundo o SISDEPEN, apenas no primeiro semestre de 2023 — isto é, do dia 1º de janeiro de 2023 até o dia 30 de junho de 2023 — foram 171.950 (cento e setenta e um mil e novecentos e cinquenta) incidências do crime de tráfico de drogas registradas no Brasil. E, por crime de tráfico de drogas, compreende-se tanto aquele previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76⁷ quanto o atual, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

O número exclui, ainda, os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares (ou seja, outras modalidades de prisão), mas incluem os presos domiciliares. Dentre as 171.950 incidências registradas, 158.804 (cento e cinquenta e oito mil e oitocentos e quatro) foram praticadas por indivíduos do sexo masculino e 13.146 (treze mil e cento e quarenta e seis) do sexo feminino⁸.

Esse resultado, conforme adiantado, retrata apenas a incidência do crime de tráfico de drogas — e não a quantidade de presos por essa tipificação. O número de presos, por sua vez, é de 158.589 (cento e cinquenta e oito mil e quinhentos e oitenta e nove) pessoas, sendo 148.010 (cento e quarenta e oito mil e dez) do sexo masculino e 10.579 (dez mil e quinhentos e setenta e nove) do sexo feminino.

Pela tabela apresentada pelo SISDEPEN, é possível ainda comparar os presos por esse crime com aqueles de (i) associação para o tráfico — 26.616 (vinte e seis mil e seiscentos e dezesseis) pessoas; e de (ii) tráfico internacional de drogas — 8.337 (oito mil e trezentos e trinta

6 Guia de Navegação nos Painéis Dinâmicos. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/guia/guia-de-navegacao-nos-paineis-dinamicos.pdf>>. Acesso em 18 out. 2023.

7 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

8 Nota: o portal divide binariamente o sexo.

e sete) pessoas. A conclusão é imediata: dentre os delitos contidos na Lei de Tóxicos, o crime de tráfico de drogas é o responsável pelo maior número de prisões no Brasil.

O que seria, então, o tráfico de drogas? Conforme adiantado, esse crime está previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, inaugurando o Capítulo II da legislação, que trata especificamente das condutas penalmente típicas. Naquele dispositivo, estão previstos nada menos que 18 (dezoito) verbos diferentes que traduzem condutas ilícitas que, se praticadas, incorrem determinado indivíduo na sua pena: reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa — excluindo-se, aqui, as demais condutas previstas nos incisos do dispositivo.

Muito embora a pena máxima abstratamente cominada no art. 33 da Lei de Drogas seja de 15 (quinze) anos, fato é que, considerando a causa de aumento prevista no art. 40 da mesma lei, a pena máxima para o crime de tráfico de drogas no Brasil é, na realidade, de 25 (vinte e cinco) anos.

Esse *quantum* de duas décadas e meia contrasta com o *quantum* máximo de outros delitos, como por exemplo o homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal⁹), que tem pena máxima de 20 (vinte) anos; o roubo, cuja pena máxima é de 15 (quinze) anos (art. 157 e §2º do Código Penal); ou mesmo o estupro resultando em lesão corporal, cuja pena pode chegar a 12 (doze) anos (art. 213, §1º, do Código Penal) — todos crimes classificados como violentos (VALOIS, 2017).

Segundo Valois (2017):

Essas penas “delirantemente altas” não são só desproporcionais perante os demais crimes, como vistos por si mesmos. Sim, pois não deveria ser permitido ao legislador impor penas severas para um crime que sequer tem um consenso social completo. Explica-se: se o direito penal é para punir os ilícitos mais graves, com as penas mais severas do ordenamento jurídico, um fato que para muitos sequer deveria ser crime não poderia resultar em sanções desse tipo (VALOIS, 2017, p. 427).

9 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal.

Para além de penas desproporcionais, é possível afirmar que, todas as vezes em que se percebe a ineficácia do rigor no combate às drogas, aumenta-se o sentimento de impunidade geral, ao invés de provocar uma reflexão sobre a efetividade da legislação penal nesse campo. Noutras palavras, ao invés de realizar-se uma análise endógena, pensando o problema como algo que vem de dentro, do íntimo do sistema penal brasileiro, enxerga-se a problemática do lado de fora, como se contido única e exclusivamente no indivíduo desviante, isto é, aquele que pratica a(s) conduta(s) tipificadas no art. 33 da Lei de Tóxicos.

As consequências, por si só, são diversas. Infla-se a quantidade de pessoas encarceradas, infla-se o tempo que essas mesmas pessoas permaneceram encarceradas e, por outro lado, não se percebe praticamente nenhuma mudança, nenhuma melhora na sociedade. Afinal, muito embora a pena aplicada aos indivíduos que cometem o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 seja no mínimo considerável, a sanção não parece surtir efeitos práticos para colaborar com a redução das incidências e prisões pelo crime de tráfico de drogas no Brasil.

Para entender a fundo esse cenário, faz-se necessário, ainda, uma breve digressão sobre os motivos doutrinários apresentados para justificar a aplicação da pena — isto é, os motivos que os acadêmicos atribuem para justificar, ainda que minimamente, uma pergunta crucial: por que punimos?

2.2. A pena.

2.2.1. As teorias da pena.

O estudo das normas do Direito está intrinsecamente relacionado com o poder de punir. Afinal, é por meio dele que o Estado pode conduzir os indivíduos àquilo que, de forma consuetudinária, considera certo ou errado. E, pela mesma lógica, é através do exercício do poder de punir que o Estado pode disciplinar aqueles que fogem desse padrão, infringindo leis e, em última análise, transgredindo os costumes éticos da sociedade.

Nesse sentido, são diversas as teorias que buscam justificar a aplicação e a razão de ser da pena. Para fins didáticos, contudo, algumas dessas correntes podem ser divididas em (i)

teorias absolutas da pena; (ii) teorias relativas da pena; (iii) teorias garantistas da pena; e (iv) teoria agnóstica da pena.

Para os adeptos às teorias absolutas da pena (ou teorias retributivistas), a pena está atrelada à necessidade de contrapesar — isto é, retribuir — ao infrator o injusto causado por ele a uma pessoa ou à sociedade, quando não há uma vítima específica (como o tráfico de drogas). Para o Professor Salo de Carvalho (2013, p. 53), essas teorias “sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado”.

Por outro lado, há as teorias relativas da pena, as quais se subdividem em (i) teoria da prevenção geral negativa (ou teorias da dissuasão) e (ii) teoria da prevenção especial positiva (teorias da emenda). Na teoria da prevenção geral negativa, a pena adquire uma finalidade intimidatória, na medida em que o injusto concedido ao infrator configuraria o meio necessário para constranger a sociedade a não incorrer na mesma conduta (CARVALHO, 2013). Trata-se, em última análise, da ideia de uma punição exemplar, que desestimule outros indivíduos a incorrerem na mesma conduta praticada pelo indivíduo desviante.

Já na teoria da prevenção especial positiva, o objetivo a ser alcançado é a reforma moral do infrator. O homem, objeto de intervenção do controle social, é enxergado como um indivíduo deficitário, cujo *déficit*, por sua vez, pode ser suprido por meio da pena criminal (CARVALHO, 2013). Trata-se de uma ideia um pouco mais paternalista, em que o indivíduo desviante necessita de atenção e de ajustes em si próprio pelo Estado, com o intuito de trazê-lo à normalidade, ao padrão, ao comportamento tido como ético.

Há, ainda, as teorias garantistas da pena, voltada à defesa dos direitos dos próprios infratores, isto é, dos próprios indivíduos que transgrediram a lei e que serão destinatários da pena. Nesse sentido, busca-se a “máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante”, numa espécie de utilitarismo reformado que procura, ao mesmo tempo, satisfazer os ânimos justiceiros da sociedade como

um todo e impactar o mínimo possível na vida do indivíduo desviante, sob a qual a justiça recairá (CARVALHO, 2013).

Há, ainda, a teoria agnóstica (ou teoria negativa) da pena. Nela, há uma ideia central de que o Direito Penal se instrumentaliza a partir dos fins da pena, independentemente dos objetivos finais perseguidos. Trata-se de uma teoria que assume a natureza política do fenômeno punitivo, reconhecendo, em último grau, que, enquanto expressão da violência política, a pena é incapaz de cumprir quaisquer funções ou finalidades positivas (CARVALHO, 2013). Para Salo de Carvalho (2013, p. 146):

(...) a questão que merece ser destacada é a de que é possível apontar nas distintas perspectivas absolutas e relativas (inclusive as híbridas) um ponto de convergência entre as narrativas penológicas: a finalidade positiva atribuída à pena. Todos os discursos de justificação, que caracterizam o direito penal dogmático e a criminologia com ciências modernas, exatamente por serem projetos epistemológicos fruto da Ilustração, atribuem virtudes civilizatórias à sanção penal e, a partir de expectativas otimistas, projetam instrumentos de concretização. Mesmo os discursos de retribuição, que tenderiam a ser os mais céticos em relação à capacidade de a pena produzir efeitos externos, projetam-se desde uma perspectiva positiva de a sanção penal possuir a virtude de reafirmar a ordem jurídica ou de reestabelecer a ordem moral violada.

Assim, se a perspectiva que orienta o trabalho é calcada na desconstrução criminológica dos ideais metafísicos atribuídos à pena criminal, necessária a exclusão desta variável de fundamentação positiva que se mantém inalterada nos discursos penológicos da modernidade. E, dentre os discursos penológicos críticos, a teoria agnóstica releva-se como o modelo mais adequado, em termos de sustentação dogmática e em fundamentação criminológica, para interpretar o fenômeno positivo (CARVALHO, 2013, p. 146).

Neste ponto, faz-se necessário um esclarecimento. Conforme adiantado no princípio deste capítulo, as teorias que buscam justificar a razão por trás da pena são múltiplas. As quatro correntes citadas — isto é, teorias absolutas, relativas, garantistas e agnóstica — não compreendem, de forma alguma, a totalidade de todas as correntes existentes. No mesmo sentido, a definição atribuída a cada uma dessas quatro correntes também não abrange de forma completa tudo que elas significam ou buscam significar, mas limitam-se a um panorama com o único intuito de situar e posicionar o leitor no tema aqui discutido — sem o objetivo, contudo, de esgotar essa temática.

Feitos esses breves apontamentos teóricos iniciais, passa-se à dosimetria da pena no Brasil. Em respeito ao tema deste estudo, os comentários abaixo se destinam em especial à

aplicação da pena-base, notadamente aquela que será atribuída na primeira fase do cálculo dosimétrico pelo julgador. Confira-se.

2.2.2. A dosimetria da pena no Direito Penal brasileiro: a pena-base.

O Código Penal brasileiro estabelece, nos incisos do art. 59, um conglomerado de orientações que devem ser seguidas pelo julgador de forma sucessiva quando da fixação da pena:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Noutras palavras, trata-se de um verdadeiro roteiro a ser seguido pelo juiz quando se inicia o cálculo dosimétrico. Primeiro, elege-se a pena cabível dentre as cominadas (isto é, pena privativa de liberdade, pena de multa ou pena restritiva de direito). Segundo, determina-se o *quantum* de pena aplicável. Terceiro, fixa-se o regime inicial do cumprimento de pena. E, por último, em quarto, avalia-se a possibilidade de aplicação dos substitutivos penais, tais como a pena de multa ou a pena restritiva de direito (CARVALHO, 2013).

No interior da segunda etapa, ou seja, daquela que se fixará a quantidade da pena, existem outras três fases que devem ser observadas pelo julgador, e que estão insculpidas no art. 68 do Código Penal, novamente como uma espécie de passo a passo. De acordo com esse dispositivo, “a pena-base será fixada atendendo-se o critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Ou seja, para se chegar à pena concreta, final, o magistrado deve individualizá-la valendo-se das regras acima, que se consubstanciam em três etapas: a primeira, denominada pena-base, na qual são avaliadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código

Penal; a segunda, chamada de pena provisória, na qual são avaliadas as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas em um rol de hipóteses entre os artigos 61 e 65 do Código Penal; e, por último, a pena definitiva, na qual são avaliadas as causas de aumento e de diminuição, dispostas no próprio tipo, seja na parte geral ou especial do Código.

Desse modo, a aplicação da pena inicia-se no patamar mínimo abstratamente cominado e, com o passar das etapas e da análise das circunstâncias correspondentes a cada uma delas, a pena do indivíduo pode até ficar aquém do mínimo legal ou ultrapassar o máximo cominado.

Especificamente quanto à pena-base, cuja análise constitui o cerne deste estudo, o artigo 59 do Código Penal estabelece oito vetoriais — tecnicamente chamadas de circunstâncias judiciais — que devem ser, obrigatoriamente, aferidas pelo magistrado. São elas: (i) a culpabilidade; (ii) os antecedentes; (iii) a conduta social; (iv) a personalidade do agente; (v) os motivos; (vi) as circunstâncias do crime; (vii) as consequências do crime; e (viii) o comportamento da vítima, se houver.

A lógica é objetiva: se uma ou mais circunstâncias judiciais são valoradas negativamente, a pena-base do acusado é fixada acima do mínimo; se nenhuma das vetoriais é considerada negativa, nada acontece, como se neutras fossem.

Apesar de objetivas, as circunstâncias judiciais são amplas, caracterizando o art. 59, *caput*, do Código Penal como um tipo penal aberto. Isso porque, trata-se de um dispositivo recheado de elementos normativos como critérios de aferição do *quantum* da pena-base, e que, a despeito disso, não traz consigo nenhum indicador que informe qualitativa e quantitativamente o impacto que essas mesmas circunstâncias terão na pena. Ou seja, o art. 59 não esclarece o quanto cada uma dessas vetoriais, individualmente, contribuirá para aumentar ou diminuir a pena do indivíduo e, ainda, quais são exatamente as hipóteses em que elas podem ser valoradas de forma negativa ou não (CARVALHO, 2013).

Pela ausência de uma previsão específica acerca da fração que deve incidir esse aumento, a jurisprudência e a doutrina procuram, há muito, estabelecer um percentual ou fração seguros a serem utilizados pelo magistrado. Nilo Batista (2013, p. 78) já apontava, nesse

sentido, que “a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem o crime não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos”.

Desse modo, muito embora haja um esforço nesse sentido, fato é que as divergências são diversas. Para doutrinadores mais garantistas, como o Professor Cezar Roberto Bittencourt (2019, p. 852), a solução é relativamente simples: aplica-se o chamado “critério de proporcionalidade matemática”, o qual cada circunstância judicial deve ser, se necessário, valorada negativamente em fração proporcional ao todo (isto é, um oitavo, já que são oito no total). Assim:

“(…) o art. 59 reúne oito moduladores que orientam a definição da pena-base, podendo-se atribuir, hipoteticamente, um oitavo para cada modulador, significando que duas operadoras desfavoráveis, por exemplo, restando seis oitavos, teoricamente, favoráveis ao acusado. Enfim, esses critérios devem orientar o julgador, que não pode ignorar a totalidade de elementos relacionados no dispositivo referido que, repita-se, devem ser analisados no seu conjunto” (BITTENCOURT, 2019, p. 852).

Em direção oposta à razão matemática, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) consolidou-se no sentido de que a exasperação da pena-base deve se dar na fração de 1/6 (um sexto) sobre o mínimo legal para cada circunstância judicial avaliada negativamente, o que, segundo o Tribunal, ocorreria em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁰.

No precedente, o Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma do STJ, consignou ainda que “a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial”¹¹.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.823.762/PR. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 17 out. 2023.

11 Precedentes citados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.814.988/PR, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 17 de dezembro de 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 515.753/PI, Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 17 de dezembro de 2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 515.631/SP, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 26 de novembro de 2019. Todos disponíveis em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

Noutras palavras, além de se fixar a fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente, o STJ, neste precedente, deixou uma lacuna e uma possibilidade em aberto para que os julgadores apliquem uma exasperação ainda maior que 1/6, sob a justificativa de que seria necessária “fundamentação adequada e específica”.

A divergência doutrinária e jurisprudencial, apesar de comum em diversos temas no estudo do direito, representa um verdadeiro perigo quando se trata de aplicação da pena — sobretudo quando se trata do crime de tráfico de drogas. Isso porque, além das ordinárias circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, o artigo 42 da Lei nº 11.343/0612 acrescenta duas outras vetoriais necessárias de análise pelo magistrado quando da fixação da pena para algum dos crimes previstos na legislação de tóxicos: a natureza e a quantidade da droga.

Dessa forma, pela própria redação do artigo 42 da Lei de Drogas, depreende-se que tanto a quantidade quanto a natureza da droga devem ser consideradas com preponderância sobre todas as outras oito vetoriais previstas no artigo 59 do Código Penal. Ou seja, o aumento da pena-base com fulcro na espécie ou na quantidade da droga é não só necessário a depender do caso concreto, como deve incidir de maneira especial em relação às demais.

Além disso, nesse ponto, vale o esclarecimento de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 169.343, do Espírito Santo, entendeu que “a natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006”¹². Em seu voto, a Ministra Relatora Rosa Weber entendeu o seguinte:

Desse modo, inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incidível, pois somente quando avaliadas em conjunto – natureza e quantidade – será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 169.343/ES, Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 08 de junho de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658631>>. Acesso em 25 out. 2023.

Diante dessas reflexões, alguns questionamentos vêm à tona: se não há uma fração padrão a ser aplicada para a valoração das circunstâncias judiciais na primeira fase quanto a outros crimes, haveria um padrão para o *quantum* de aumento a ser fixado em razão da quantidade ou da natureza da droga apreendida com réu? Mais: existe um critério preestabelecido para que esse aumento seja proporcional à quantidade e à lesividade da natureza da droga? Se sim, esse critério é homogêneo, de modo a ser aplicado igualmente a todos os réus, em estrita observância ao princípio da legalidade, ou varia de acordo com circunstâncias aleatórias, como a Câmara a qual o recurso foi distribuído, ou o desembargador relator?

São essas perguntas que guiaram a pesquisa que ilustra esse estudo, cujos resultados foram obtidos através do método descrito abaixo.

3. METODOLOGIA APLICADA

A fim de emprestar um contorno fático e concreto de tudo quanto dito anteriormente, a técnica de pesquisa selecionada foi a jurisprudencial. O motivo para a escolha desse método é relativamente simples: não há como tecer apontamentos teóricos e críticos acerca da temática da dosimetria da pena no Direito Penal das drogas sem demonstrar, com casos concretos, a forma como os juízes decidem.

Conforme adiantado, a dosimetria da pena do Código Penal brasileiro é calculada com base no método trifásico, consubstanciado pelo seu artigo 68. Nele, o magistrado fixa o *quantum* de pena em três etapas: a primeira, denominada pena-base, na qual são avaliadas as circunstâncias judiciais do artigo 59; a segunda, chamada de pena provisória, na qual são avaliadas as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas em um rol taxativo de hipóteses entre os artigos 61 e 65; e, por último, a pena definitiva, na qual são avaliadas as causas de aumento e diminuição dispostas no tipo penal de cada crime.

Ou seja, a aplicação da pena inicia-se no patamar mínimo abstratamente cominado para cada tipo penal e, com o passar das etapas e a análise das circunstâncias correspondentes a cada uma das fases, a pena do indivíduo pode se manter no mínimo ou caminhar em direção ao máximo, também já previsto no tipo penal. Tudo isso já foi previamente abordado nos capítulos anteriores.

Desse modo, um dos possíveis ângulos de análise das decisões judiciais condenatórias relativas ao crime de tráfico de drogas é o exame da dosimetria da pena aplicada. O objetivo deste estudo, por outro lado, é mais restrito: busca-se analisar a forma pela qual os julgadores entendem que a aplicação da pena do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deve ocorrer quando aliada à quantidade e à natureza do entorpecente apreendido.

Nesse sentido, o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 prevê o seguinte: “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”. Depreende-se, portanto, que, para analisar a forma com a qual os julgadores entendem que deve

ser valorada a quantidade e a natureza da droga para os fins de aplicação da pena, deve-se necessariamente analisar a primeira fase do cálculo dosimétrico — isto é, a pena-base.

A escolha da fase da dosimetria da pena foi, portanto, o primeiro filtro lógico aplicado à pesquisa. Afinal, analisar apenas a pena-base de cada caso concreto reduz consideravelmente a extensão do estudo sem, contudo, comprometer seu objetivo final. Era preciso, agora, delimitar o escopo.

Desse modo, a primeira etapa da pesquisa foi a de sistematização do material jurisprudencial relativo à aplicação da pena-base aos réus condenados, na Justiça Comum, pelo crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas. Era preciso identificar as decisões judiciais na prática, o que implicaria na escolha do(s) Tribunal(is) cuja busca se daria. Escolheu-se, portanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”), pela simples afinidade e vivência cotidiana na cidade.

Ao acessar o buscador de jurisprudência do TJRJ¹³, é possível verificar que são disponibilizados alguns filtros aos usuários, como (i) origem (se primeira ou segunda instância); (ii) competência (se cível ou criminal); (iii) ramo do direito (no qual são fornecidas ao pesquisador um total de dezesseis áreas do direito, como “Direito Marítimo”, “Direito Processual Penal”, “Direito Eleitoral”, “Direito Civil”, dentre outros); (iv) magistrado (no qual é possível selecionar os magistrados nominalmente, havendo ainda a opção de “ativo” ou “inativo”, referentes à situação do exercício da magistratura); e (v) órgão julgador. Além disso, é possível que o usuário digite a numeração única do processo, para se for o caso, procurar por um em específico.

Para os fins desta pesquisa, a sistematização jurisprudencial do TJRJ foi delimitada entre os meses de janeiro a dezembro de 2022. Além disso, reduziu-se o campo da pesquisa apenas para os resultados de segunda instância, isto é, do Tribunal de Justiça em si.

Em um primeiro momento, além dos filtros acima (do ano e da origem), selecionou-se a competência criminal e, ainda, utilizou-se a palavra-chave “tráfico de drogas”, deixando os

13 Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em 20 out. 2023.

demais campos em aberto. O resultado foi abrangente: o buscador localizou um total de 5.438 (cinco mil e quatrocentos e trinta e oito) decisões judiciais de segunda instância, sejam elas colegiadas ou monocráticas, cujas ementas mencionavam a expressão “tráfico de drogas”. A vasta quantidade de decisões judiciais foi disposta em 544 (quinhentos e quarenta e quatro) páginas, cada uma com 10 (dez) ementas.

Surgia a necessidade, então, de reduzir ainda mais o escopo. O primeiro passo foi ampliar os critérios de busca incluindo-se as palavras-chave “tráfico”, “pena-base” e “quantidade”, para além dos filtros já selecionados acima. Com essa alteração, os resultados foram reduzidos significativamente: o buscador do TJRJ retornou com 1.032 (mil e trinta e duas) decisões judiciais, colegiadas ou monocráticas, cujas ementas mencionavam as três novas palavras-chave empregadas. As decisões estavam dispostas em 104 (cento e quatro) páginas, com 10 (dez) ementas cada uma.

Ainda assim, e como forma de restringir um pouco mais a abrangência da pesquisa, optou-se pela utilização de outro dos filtros disponíveis, relativo ao “ramo do direito”. Dessa forma, nesse terceiro momento, selecionou-se o campo do “Direito Penal”. A alteração do resultado foi singela: o buscador do TJRJ retornou com 1.004 (mil e quatro) decisões judiciais, dispostas em 101 (cento e uma) páginas, igualmente com 10 (dez) ementas cada.

Era preciso restringir ainda mais. Afinal, dentre os 1.004 (mil e quatro) julgados, certamente haveria casos em que o réu foi absolvido (de modo que não seria possível analisar a dosimetria da pena); em que o crime praticado não era o do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mas sim outros do mesmo diploma legal e cujo tipo penal também envolvia a expressão “tráfico” (como por exemplo, mas sem se limitar a, o crime previsto no art. 35 da Lei de Drogas, intitulado “associação para o tráfico de drogas”); em que a tramitação se deu em segredo de justiça, impossibilitando a análise do acórdão; dentre outras infinitudes de hipóteses que, por certo, comprometeriam o resultado da pesquisa.

Além disso, estava em aberto, ainda, a escolha das Câmaras Criminais — se apenas uma ou se uma certa quantidade de julgados por Câmara. Afinal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui um total de oito Câmaras Criminais, cada uma composta por cinco

desembargadores¹⁴, de modo que, para que a pesquisa se tornasse completa e abrangente, seria necessário levar essa organização em consideração.

Diante desse cenário, passou-se a uma redução criteriosa e manual, da qual não se utilizou os filtros disponíveis no buscador do TJRJ, mas sim critérios lógicos que ajudariam no alcance do resultado. Estabeleceu-se, então, os seguintes parâmetros: (i) seriam escolhidos cinco julgados de cada Câmara Criminal, chegando-se a 40 (quarenta) decisões judiciais no total; (ii) seriam selecionados os cinco primeiros julgados de cada Câmara Criminal que aparecessem com o retorno da busca; (iii) estariam excluídos aqueles cuja tramitação se deu em segredo de justiça; (iv) seriam analisados somente os casos em que houvesse condenação pelo crime de tráfico de drogas, de modo que, mesmo que o indivíduo estivesse sendo condenado pela prática de outros crimes, deveria haver, necessariamente, o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 na decisão judicial escolhida; (v) seriam analisados somente os casos em que a pena-base foi majorada única e exclusivamente com base nas circunstâncias judiciais de quantidade e natureza da droga, de modo que pudesse se apurar a fração empregada para o aumento baseada somente nesses dois fatores; (vi) estariam excluídos os casos em que o indivíduo foi absolvido; (vii) seriam selecionados apenas os acórdãos oriundos de recursos de apelação, interpostos contra sentença de primeiro grau, de modo que fosse possível coletar um panorama da pena-base aplicada tanto em primeira instância, quanto em segunda.

Desse modo, em um resumo de todos os critérios empregados até o momento, tem-se o seguinte:

14 Disponível em: <<https://www.tjrj.jus.br/documents/10136/6848379/cartilha-tjerj.pdf>>. Acesso em 20 out. 2023.

Tabela 01
Critérios Seleccionados para a Análise Qualitativa dos Julgados

Rubricas	Critério empregado
Palavras-chave	“Tráfico”; “pena-base”, “quantidade”
Origem	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Julgados a partir do ano de/até o ano de	2022/2022
Competência	Criminal
Ramo do direito	Direito Penal
Câmaras Criminais	5 (cinco) julgados de cada Câmara Criminal
Ordem	Os 5 (cinco) primeiros de cada Câmara Criminal
Crime	Art. 33 da Lei nº 11.343/2006, excluindo-se as absolvições e excetuando-se crimes distintos
Recurso	Apelação

Como a busca ocorreu no espaço virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os documentos obtidos — isto é, o inteiro teor das decisões — foram salvos em um banco de dados em arquivos no formato “.pdf”, com as seguintes regras de nomenclatura: Câmara Criminal/Nome(s) do(s) Apelante(s) ou Apelado(s)/Número do processo. Todos foram armazenados em uma pasta denominada “Resultados”.

Destaca-se, neste ponto, que todo o processo de sistematização jurisprudencial buscava o levantamento de dados para o esclarecimento de uma única questão: como os julgadores, em especial de segundo grau, entendem que deve ser aplicada a pena-base de um apelante ou apelado condenado pelo crime de tráfico de drogas, sobretudo no que se refere à valoração das circunstâncias judiciais da quantidade e da natureza do entorpecente, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

4. ANÁLISE QUANTITATIVA DOS RESULTADOS OBTIDOS

Finalizado o levantamento, iniciou-se a análise da jurisprudência do TJRJ. O estudo do acervo consistiu em um preenchimento criterioso de 9 (nove) rubricas para cada julgado. Isto é, em todas as decisões coletadas, examinou-se: (i) a quantidade total de entorpecente encontrado; (ii) a quantidade individual de cada espécie de droga; (iii) a fixação da pena-base em primeira instância; (iv) a fixação da pena-base em segunda instância; (v) a Câmara Criminal; (vi) a fração de aumento ou diminuição empregada em segunda instância para majorar ou minorar a pena-base fixada em primeiro grau; (vii) a circunstância judicial utilizada para fins de alteração da pena-base; (viii) a pena total do indivíduo; e (ix) a ordem daquela decisão judicial dentre o universo de 1.004 (mil e quatro) resultados.

Sendo assim, a dinâmica deste capítulo e do capítulo subsequente funcionará da seguinte forma: primeiro, serão expostos os resultados obtidos. Embora nenhum dos processos tenha tramitado em segredo de justiça, conforme adiantado, os nomes dos réus foram alterados para preservar suas identidades. Assim, serão utilizados nomes aleatórios, como João, Maria, Pedro, dentre outros, para tornar a análise mais palatável sem, contudo, expor diretamente cada um. De todo modo, o número do processo e a Câmara Criminal serão identificados no princípio da análise e no título correspondente ao subcapítulo que se destinará à análise específica dos resultados notáveis selecionados.

Na tabela abaixo, está disposta a relação objetiva de todos os resultados coletados em ordem decrescente pela quantidade encontrada, em gramas. As rubricas, contudo, estão reduzidas para (i) o número do processo; (ii) o nome fictício do réu; (iii) a quantidade de droga encontrada; (iv) a fração empregada para o aumento da pena-base (nos casos em que foi fixada no mínimo, o campo permanecerá em branco); e (v) a Câmara Criminal. As demais rubricas analisadas não incluídas na tabela serão dispostas na forma de texto corrido, no capítulo subsequente, destinado à análise qualitativa dos resultados mais notáveis encontrados.

Tabela 02
Resultados Encontrados

Nº	Número do Processo	Nome(s)	Quantidade (g)	Espécie	Câmara	Fração
1	0021435-85.2020.8.19.0014	José	54.800	Cocaína	3ª	1/2
2	0241555-10.2020.8.19.0001	Pedro, Paulo e Pablo	5.004,6	4.299g de maconha, 665,5g de cocaína, 22,6g de haxixe e 16,8g de ecstasy	4ª	1/6
3	0120608-24.2020.8.19.0001	Rafael, Rodrigo e Rodolfo	4.240,1	1.100g de maconha, 3.140,1g de cocaína	8ª	1/6
4	0021737-17.2020.8.19.0014	Gabriel e Gustavo	2.610	Maconha	8ª	1/8
5	0022939-29.2020.8.19.0014	Francisco, Fernando e Fábio	1.840	418g de maconha e 1.422g de cocaína	1ª	~1/3 ¹⁵
6	0012467-32.2021.8.19.0014	João e Jefferson	1.344,5	797g de maconha, 353,5g de cocaína e 193,8g de crack	8ª	1/5
7	0019034-79.2021.8.19.0014	Octávio	1.173,4	927,8g de maconha, 212,8g de cocaína e 32,8g de crack	2ª	1/3
8	0163828-43.2018.8.19.0001	William	799,45	Maconha	2ª	1/6
9	0322448-22.2019.8.19.0001	André, Antônio, Alberto, Alfredo e Alicia	699	236g de maconha 4g de haxixe 459g de cocaína	2ª	1/6
10	0074838-08.2020.8.19.0001	Igor	654	620g de cocaína e 34g de crack	5ª	1/6
11	0033820-70.2021.8.19.0001	Joel (nome-social: Margot)	620	270g de cocaína e 350g de maconha	7ª	—
12	0040979-64.2021.8.19.0001	Bruno	614	571g de maconha e 43g de cocaína	5ª	—
13	001197-22.2016.8.19.0067	Carlos	541	289g de cocaína e 252g de maconha	6ª	—
14	0006146-82.2022.8.19.0066	Leandro	463,8	Cocaína	3ª	—
15	0293971-18.2021.8.19.0001	Caíque	445,9	270,5g de maconha, 167,2g de cocaína e 8,2 de crack	1ª	1/6
16	0009222-17.2022.8.19.0066	Sandro e Sabrina	411,7	Maconha	7ª	1/6

¹⁵ Neste caso, a fração de 1/3 aplicada para a elevação da pena-base é aproximada. O relator não especificou a fração utilizada, mas tão somente fixou a quantidade total de pena na primeira fase.

17	0001732- 75.2021.8.19.0066	Arthur	409,91	Maconha	8 ^a	—
18	0018109- 58.2020.8.19.0066	Ivan	352,6	241,8g de maconha e 110,8g de cocaína	6 ^a	—
19	000683- 62.2022.8.19.0066	Matheus	320,6	265g de maconha e 55,6g de cocaína	1 ^a	—
20	0189977- 08.2020.8.19.0001	Cláudio	298,4	209g de maconha e 89,4g de cocaína	6 ^a	—
21	0081119- 43.2021.8.19.0001	Jamil	297,5	190g de maconha, 107,5g de cocaína	4 ^a	1/6
22	0148700- 75.2021.8.19.0001	Yago e Yuri	241	100g de maconha e 141g de cocaína	7 ^a	—
23	0017910- 02.2021.8.19.0066	Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago	239,9	146,1g de maconha, 78,6g de cocaína, 13,2g de crack	2 ^a	1/8
24	0096473- 45.2020.8.19.0001	Fabiano e Flávio	234,5	Cocaína	4 ^a	1/6
25	0010126- 714.2021.8.19.0066	Lucas e Luiz	232,49	Cocaína	5 ^a	—
26	0014920- 43.2018.8.19.0066	Uriel	210	Maconha	1 ^a	—
27	0007087- 81.2021.8.19.0061	Vítor	120	Cocaína	8 ^a	—
28	0324633- 67.2018.8.19.0001	Davi e Daniel	109	Cocaína	7 ^a	—
29	0005204- 46.2021.8.19.0014	Douglas	105,3	5,3g de maconha e 100g de cocaína	5 ^a	1/6
30	0086939- 42.2021.8.19.0001	Marcelo e Michel	104,11	Cocaína	2 ^a	1/5
31	0065071- 09.2021.8.19.0001	Eduardo e Emanuel	98,7	97g de maconha e 1,7g de cocaína	4 ^a	—
32	0095693- 37.2022.8.19.0001	Álvaro e Arnaldo	90,86	58,1g de maconha e 32,76g de cocaína	3 ^a	1/6
33	0173348- 90.2019.8.19.0001	Maycon	90,2	Cocaína	4 ^a	1/6
34	0085274- 26.2020.8.19.0001	Blener	83,7	Cocaína	6 ^a	—
35	0243681- 96.2021.8.19.0001	Geraldo	82,4	Cocaína	1 ^a	1/6
36	0004737- 09.2021.8.19.0001	Jacques	76	Cocaína	5 ^a	—
37	0056081- 92.2022.8.19.0001	Sidney	75,2	Cocaína	3 ^a	—
38	0002257- 32.2021.8.19.0042	Emiliano	57	Cocaína	7 ^a	—
39	0029809- 95.2021.8.19.0001	Célio	51,14	33,01g de cocaína e 18,13g de maconha	6 ^a	—
40	0149738- 59.2020.8.19.0001	Samuel	1,5	Cocaína	3 ^a	—

Uma vez apresentados os resultados, e antes de ingressar na análise propriamente, é importante evidenciar alguns pontos que chamaram atenção durante esse exame. O primeiro

deles é que, ao longo da coleta dos 40 (quarenta) julgados, só foi possível atingir esse número utilizando o critério de selecionar os cinco primeiros de cada Câmara Criminal na 143ª (centésima quadragésima terceira) ementa.

Em termos concretos, a primeira Câmara Criminal a ter os 5 (cinco) primeiros julgados preenchidos foi, com facilidade, a 8ª. Desse modo, após o alcance do quinquídio inicial de decisões da 8ª Câmara Criminal — que se deu no 13º resultado —, foi necessário desconsiderar os demais resultados dessa mesma Câmara que apareceram na sequência, com o objetivo de preencher os 5 (cinco) primeiros julgados das demais Câmaras.

Por outro lado, a última Câmara Criminal a ter os 5 (cinco) primeiros julgados preenchidos foi a 6ª. Isto é — excetuados os acórdãos em segredo de justiça; aqueles em que o réu foi absolvido do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06; aqueles que o réu foi condenado por outro crime cuja tipologia também contém a palavra “tráfico”; aqueles em que a pena-base foi incrementada somente com base na quantidade e na natureza da droga; e aqueles que não eram recursos de apelação —, só foi possível atingir o quinto julgado da 6ª Câmara Criminal no 143º (centésimo quadragésimo terceiro) resultado. Quanto às demais Câmaras Criminais, o resultado foi disposto conforme a tabela abaixo.

Tabela 03
Posição do Quinto Julgado de cada Câmara Criminal

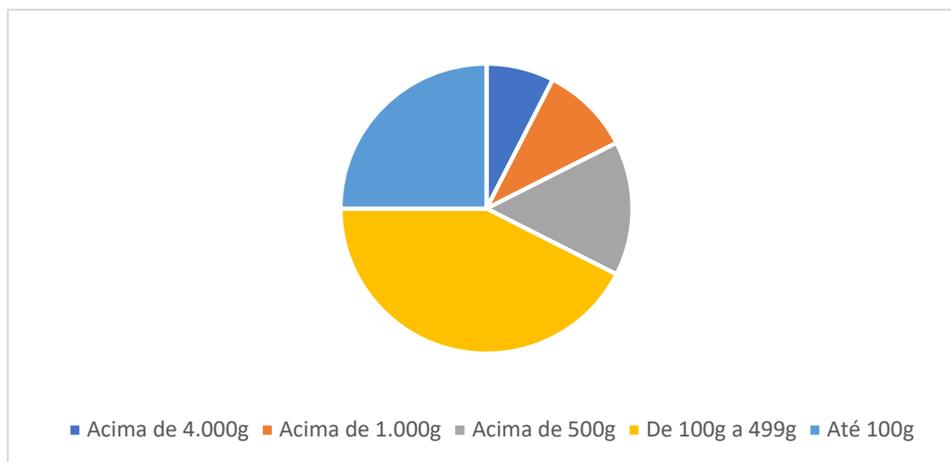
Órgão	Posição do quinto julgado
1ª Câmara Criminal	51º de 1.004
2ª Câmara Criminal	100º de 1.004
3ª Câmara Criminal	58º de 1.004
4ª Câmara Criminal	63º de 1.004
5ª Câmara Criminal	24º de 1.004
6ª Câmara Criminal	143º de 1.004
7ª Câmara Criminal	78º de 1.004
8ª Câmara Criminal	13º de 1.004

Ou seja, a ordem das Câmaras Criminais que preencheram primeiro os cinco acórdãos iniciais — desconsiderando aqueles que, segundo os critérios lógicos, foram excluídos da pesquisa, conforme explicitado no parágrafo anterior — foi disposta da seguinte forma: 8ª, 5ª, 1ª, 3ª, 4ª, 7ª, 2ª e, enfim, 6ª.

O segundo ponto que chamou a atenção é que, num universo reduzido de 40 (quarenta) julgados, 23 (vinte e três) possuíam apenas um réu, enquanto nos 17 (dezessete) remanescentes o crime de tráfico de drogas foi praticado em concurso de agentes, nos termos do art. 29 do Código Penal.

O terceiro ponto de destaque é que, dentre os 40 (quarenta) julgados selecionados, apenas em 10 (dez) deles o indivíduo foi encontrado com uma quantidade total de entorpecentes inferior a 100 (cem) gramas, independente se de somente uma espécie ou de várias. Num total, a quantidade total de drogas encontrada pode ser sistematizada da seguinte forma:

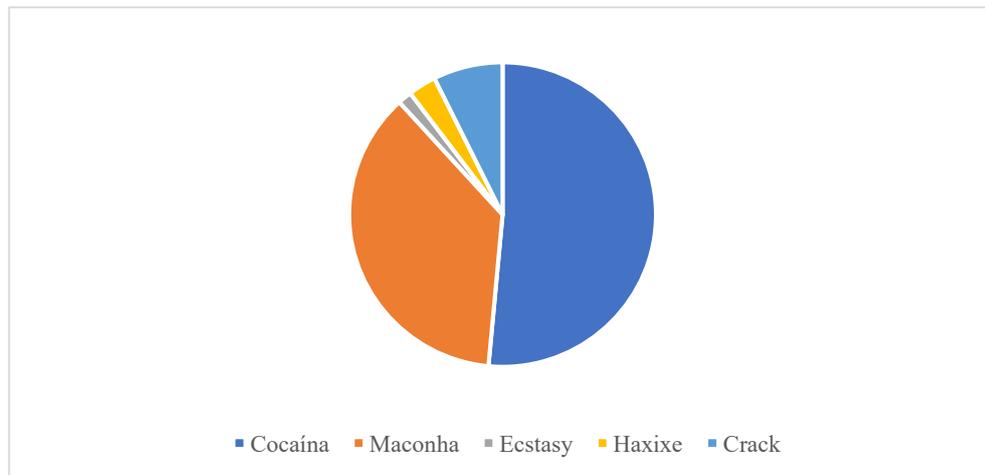
Gráfico 01
Índice de Quantidade



O quarto ponto de atenção se refere à natureza da droga encontrada. Em 25 (vinte e cinco) acórdãos, o indivíduo havia sido detido portando *Cannabis Sativa L.*, popularmente conhecida como “maconha” — sem prejuízo de que, dentre o apanhado de 25 (vinte e cinco) julgados, o réu também tenha sido encontrado na posse de entorpecentes de outras naturezas.

O maior número, contudo, foi reservado à cocaína: das 40 (quarenta) decisões colegiadas, 35 (trinta e cinco) tratavam de indivíduos detidos na posse desse entorpecente, sem prejuízo de outros de espécies distintas.

Gráfico 02
Índice de Natureza



Por último, e talvez o mais importante de todos, o quinto ponto de atenção foi a quantidade de julgados em que a pena-base foi fixada no mínimo, comparado àqueles em que a pena-base foi fixada acima do mínimo. O resultado foi quase empate: dos 40 (quarenta) acórdãos, em 21 (vinte e um) a pena-base foi elevada em alguma medida e em 19 (dezenove) a pena-base repousou no mínimo.

O resultado, de modo objetivo, pode ser sistematizado do seguinte modo:

Tabela 04
Resultado Sistematizado

Rubrica	Cocaína	Maconha	Menos de 100g	Mais de 100g	Pena-base acima do mínimo	Pena-base no mínimo
Quantidade de julgados	35	25	10	30	21	19
Total	40					

No que se refere à manutenção, ao aumento ou à diminuição da pena-base propriamente dita, o primeiro fator analisado foi o da quantidade de casos, por Câmara Criminal, em que a pena-base foi fixada acima do mínimo.

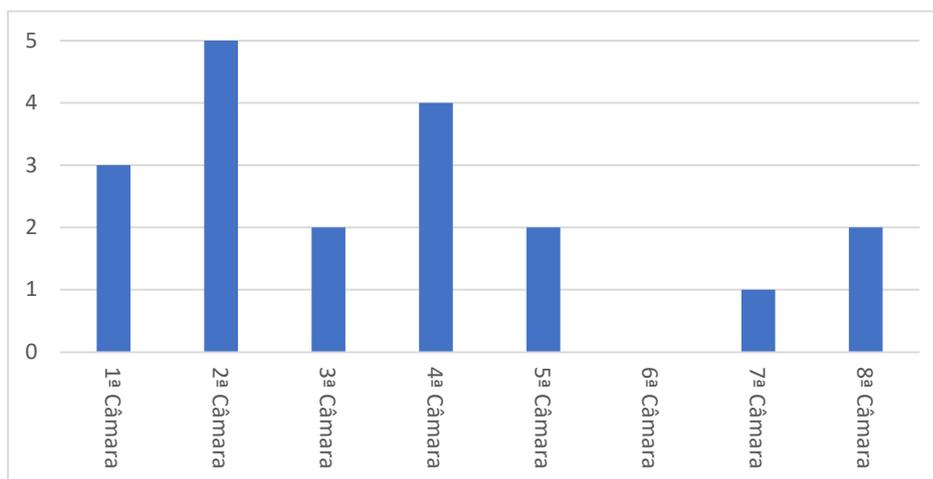
Dentre esse universo, separou-se ainda a fração mais empregada por cada órgão julgador para o aumento da pena-base naqueles casos em que ela não repousou no mínimo legal, a exemplo da Tabela 05. Ressalte-se que, nos casos em que a Câmara Criminal só elevou a pena-base duas vezes e, dentre essas duas vezes, a fração empregada foi diferente — sem, portanto, uma maioria —, foi indicada ambas as frações utilizadas.

Tabela 05
Relação Quantitativa por Câmara Criminal

Câmara	Total de Julgados	Pena-base acima do mínimo	Fração empregada
1ª	5	3	1/6
2ª	5	5	1/6
3ª	5	2	1/6 e 1/2
4ª	5	4	1/6
5ª	5	2	1/6
6ª	5	0	-
7ª	5	1	1/6
8ª	5	2	1/8 e 1/5

Numa análise gráfica, tem-se o seguinte:

Gráfico 03
Índice de Aumento da Pena-Base por Câmara Criminal



Da análise dos elementos visuais acima, se extraem duas conclusões. A primeira é que, num universo reduzido de julgados selecionados com base nos critérios expostos anteriormente, a maioria das Câmaras Criminais fixou a pena-base no mínimo na maior parte dos acórdãos encontrados. Vê-se que, de oito órgãos julgadores, apenas três tiveram a elevação da pena-base como maioria dentre os cinco resultados escolhidos.

Curiosamente, a última Câmara Criminal a ter os cinco primeiros julgados preenchidos — isto é, a 6ª Câmara — não elevou a pena-base nenhuma vez — o que contrasta diretamente com a 2ª Câmara, que elevou a pena fixada na primeira fase em todos os cinco resultados.

5. ANÁLISE QUALITATIVA DOS RESULTADOS ENCONTRADOS

A partir dos 40 (quarenta) julgados selecionados, chega-se, então, ao momento de analisá-los qualitativamente. Para o escrutínio detido da fixação da pena-base nos acórdãos escolhidos, dois pontos principais novamente chamaram a atenção: a justificativa empregada pelos desembargadores para manter, aumentar ou reduzir a pena-base fixada em primeira instância; e o percentual de aumento efetivamente aplicado em cada um dos casos.

Afinal, a fundamentação utilizada para a fixação da pena-base está intimamente relacionada com o *quantum* (isto é, a fração) de aumento ou diminuição aplicado nesta primeira fase. É por meio dela, da justificativa, que será possível analisar se há ou não alguma lógica por trás de cada fração empregada nos casos concretos e, ainda, de que forma essa mesma lógica se repete ou se diferencia de uma situação para a outra.

Para não estender o presente estudo para além do razoável, alguns julgados foram escolhidos aleatoriamente, de acordo com a fundamentação que mais chamou atenção — seja ela para aumentar, seja ela para diminuir a pena-base. Além disso, a fim de conferir uma análise mais abrangente possível, selecionou-se pelo menos um julgado de cada Câmara Criminal — sem prejuízo de que mais de uma decisão tenha sido escolhida para o mesmo órgão julgador.

Os casos abaixo foram identificados de acordo com o número da posição disposta na Tabela 02 – Resultados Encontrados, localizada no capítulo anterior, bem como de acordo com os nomes fictícios emprestados a cada acusado. Relembre-se que, naquela tabela, os casos estão dispostos em ordem decrescente da quantidade total de entorpecentes apreendidos.

Além disso, para facilitar a dinâmica deste capítulo, a análise individualizada dos resultados escolhidos será feita em subcapítulos, dentre os quais sempre haverá, no princípio, uma tabela menor com a (i) quantidade total de entorpecentes, em gramas (g); (ii) espécie, preenchida com a quantidade discriminada de entorpecentes de acordo com a natureza; (iii) Câmara Criminal; e (iv) fração empregada em segunda instância.

Na sequência, será feita a análise propriamente dita, iniciando-se pelas circunstâncias fáticas narradas na denúncia — incluindo-se, aqui, a prática de crimes outros que não o tráfico

de drogas, e que os réus foram denunciados —, passando pela capitulação atribuída pelo Ministério Público, chegando-se à sentença prolatada em primeiro grau após a instrução criminal e, enfim, ao acórdão exarado em segunda instância.

Como o objetivo deste estudo é a análise das justificativas empregadas pelos desembargadores após a interposição de recurso, seja pelos acusados, seja pelo Ministério Público, grande parte dos casos abaixo contará com a transcrição da fundamentação utilizada pelos órgãos julgadores no que se refere à fixação da pena-base — sem prejuízo de que, caso a fundamentação utilizada em primeiro grau também seja relevante, esta também seja transcrita.

5.1. Caso 3: Rafael, Rodrigo e Rodolfo — Proc. nº 0120608-24.2020.8.19.0001.

Tabela 06
Caso 3

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
4.240,1g	1.100g de maconha 3.140,1g de cocaína	8ª	1/6

Segundo a denúncia, no dia 14 de junho de 2020, por volta das 06h00, no bairro Eldorado, município de Queimados, Rio de Janeiro, o então denunciado Rafael, em comunhão de ações e desígnios com Rodrigo e Rodolfo, tinha em depósito e guardava no interior de sua residência, (i) 1.100g (mil e cem gramas) de cocaína, acondicionados em 956 volumes genericamente denominados “*pinos de cocaína*”; (ii) 2.730g (dois mil e setecentos e trinta gramas) de *Cannabis Sativa L.*, dispostos no interior de 4.790 volumes genericamente denominados “*sacolés de maconha*”; e (iii) 410,1g (quatrocentos e dez vírgula um gramas) de cocaína, no interior de três sacolas plásticas, totalizando 4.240,1g (quatro mil e duzentos e quarenta vírgula um gramas) de entorpecentes no total.

Além da conduta acima, a denúncia também descreve que Rafael, em comunhão de ações e desígnios com os demais denunciados, possuía e mantinha sob sua guarda, no interior da sua residência, duas armas de fogo e munições de uso permitido.

Não obstante a isso, cerca de uma semana antes do dia 14 de junho de 2020, o então denunciado Rodrigo transportou e forneceu os entorpecentes, as armas de fogo e as munições a Rafael, entregando todo o material ilícito na residência deste último.

Além disso, em data não especificada, mas, segundo a denúncia, “*certamente antes dos fatos supra narrados*”, o denunciado Rodolfo remeteu, do interior do sistema carcerário do Estado do Rio de Janeiro, mais precisamente na cidade de Paraíba do Sul, em comunhão de ações e desígnios com os demais denunciados, armas de fogo e munições com destino ao tráfico de drogas do bairro Eldorado.

Policiais militares e civis cumpriam ordem de busca e apreensão na residência de Rafael, a qual fora expedida em outros autos que apuravam a prática de crime de homicídio de vítima supostamente envolvida com o tráfico de drogas do bairro Eldorado, ocasião em que apreenderam não só os entorpecentes, como o material bélico localizado e a quantia de R\$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais). Naquela oportunidade, Rafael declarou que todo o material ilícito o havia sido entregue por Rodrigo e por Rodolfo.

Ao final, a denúncia imputa a Rafael, Rodrigo e Rodolfo os crimes previstos no art. 33 c/c art. 40, III e VI, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Finda a instrução criminal, foi prolatada sentença julgando procedente a pretensão punitiva estatal para condenar os réus pelos crimes previstos nos dispositivos acima. O magistrado de primeiro grau, então, passou à fixação das penas de cada um, na forma dos artigos 59 e 68 do Código Penal, bem como artigo 42 da Lei de Drogas.

A pena-base do réu Rafael foi exasperada em 1/5, e, portanto, fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. Apesar de não ter especificado quais circunstâncias judiciais estavam sendo valoradas negativamente, depreende-se que foram as vetoriais da (i) personalidade; (ii) conduta social; e (iii) quantidade, sendo as duas primeiras previstas nos artigos 59 do Código Penal e a última no artigo 42 da Lei de Drogas. Isso porque, na fundamentação, o Juízo consignou que o réu foi encontrado com “*enorme quantidade de droga*”

(descrita na denúncia), demonstrando assim que se trata de acusado com personalidade voltada à prática de crimes e conduta social divorciada do normal”.

Por outro lado, as penas-base dos réus Rodrigo e Rodolfo foram majoradas em aproximadamente $\frac{1}{2}$ sobre o mínimo legal abstratamente cominado, em razão da existência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis não relacionadas ao crime de tráfico de drogas — tais como os antecedentes.

Contudo, como o cerne deste estudo é a análise da incrementação da pena na primeira fase da dosimetria com base na quantidade e na natureza da droga encontrada, será analisado somente a pena-base de Rafael, eis que o que de fato ocasionou o aumento da sua pena na primeira fase foi a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos.

Todos os réus interpuseram recurso de apelação, distribuído à 8ª Câmara Criminal do TJRJ. Ao examinar a dosimetria da pena fixada para Rafael, a Câmara entendeu que:

“De fato, no caso concreto, houve a apreensão de exacerbada quantidade de material entorpecente - 1,1Kg de maconha e cerca de 3,14Kg de cocaína (2.73Kg acondicionados em 4.790 sacolés e 410,1g, no interior de três sacolas plásticas - e-doc. 36) -, devendo ser mantida a fixação da pena acima do patamar mínimo, nos termos do disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/2006. Contudo, considerando que as demais circunstâncias judiciais não são desfavoráveis ao acusado, utiliza-se a fração de $\frac{1}{6}$ (um sexto) na exasperação, fixando-se a sanção basilar em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa”.

A pena-base de Rafael foi, portanto, fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

5.2.Caso 4: Gabriel e Gustavo — Proc. nº 0021737-17.2020.8.19.0014.

Tabela 07
Caso 4

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
2.610g	Maconha	8ª	$\frac{1}{8}$

De acordo com a denúncia, no dia 01 de outubro de 2020, às 10h30, no bairro Planalto da Ajuda, localizado em Macaé, RJ, Gabriel e Gustavo traziam consigo 2.610g (dois mil e seiscentos e dez gramas) de *Cannabis Sativa L.*, acondicionados em 1.267 (mil e duzentos e sessenta e sete) embalagens plásticas azuis e transparentes, fechadas por nó e contendo as inscrições “MACONHA DE 25\$” e “MACAÉ”.

Na ocasião, policiais militares foram avisados, por populares, que uma carga de drogas chegaria na comunidade Planalto da Ajuda, dominada pela facção criminosa Amigos dos Amigos (“ADA”). Assim, foram até o local e cercaram uma casa em obras conhecida como ponto de venda de entorpecentes. Segundo a inicial acusatória, Gabriel e Gustavo não reagiram e prontamente se entregaram. Em revista pessoal, foi encontrada na posse do então denunciado Gabriel uma sacola plástica contendo pequenos pedaços de erva seca, enquanto na posse do denunciado Gustavo, foi arrecado um balde com várias “trouxinhas” de erva seca, cujas embalagens continham os dizeres acima descritos e, ainda, uma foto de Rogério Roupinol, conhecido como líder da facção ADA.

Na capitulação, o Ministério Público considerou os denunciados como incurso nas sanções dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, com a incidência da agravante prevista no artigo 61, II, “j”, do Código Penal, em razão da “ocasião de calamidade pública” causada pela pandemia de COVID-19, reconhecida pela Lei Estadual nº 8.794/2020.

Após encerrada a instrução criminal, foi prolatada sentença condenatória na qual foi julgada parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar ambos os réus como incurso nas penas do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, absolvendo-os do crime previsto no art. 35 do mesmo diploma legal.

Na dosimetria, o Juízo de primeiro grau entendeu que, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, deveria ser observada, com preponderância sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga. E, considerando que os acusados foram presos em flagrante na posse de 2.610g de maconha, “percebeu-se a maior reprovabilidade de sua conduta, já que o bem jurídico tutelado foi ultrajado de forma mais grave”.

Para a fixação da pena, contudo, a lógica foi um tanto incomum. A magistrada entendeu que, tendo em vista a existência de uma circunstância judicial desfavorável, seria necessário exasperar a pena-base na fração de 1/8 “a partir do intervalo da pena em abstrato”, fixando-a, para ambos os réus, em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Isto é, considerando que a pena mínima abstratamente cominada para o delito do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é de 5 (cinco) anos, enquanto a pena máxima é de 15 (quinze) anos, o Juízo de primeira instância aumentou a pena-base de Gabriel e de Gustavo em 1/8 sobre os 10 (dez) anos correspondentes a esse intervalo entre o mínimo e o máximo, o que totalizaria 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, além de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Contra a sentença, apenas o Ministério Público interpôs recurso de apelação, distribuído à 8ª Câmara Criminal. Ao analisar a dosimetria, a Câmara reduziu a pena-base de ambos os réus, majorando-as apenas na fração de 1/8 sobre o mínimo legal abstratamente cominado, fixando-as em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa. Como fundamentação, consignou-se o seguinte:

“Com a devida vênica da nobre Sentenciante, a exasperação deve recair sobre a pena mínima prevista pelo Legislador (05 anos) e não sobre o *quantum* de intervalo existente entre tal pena mínima e a pena máxima (10 anos), operação que não encontra amparo legal e é prejudicial ao Réu. Embora apenas o Ministério Público tenha recorrido, nada impede a *reformatio um mellius* nesta sede. Além de Parte, o MP é também fiscal da Lei. De qualquer forma, a providência encontra amparo nos termos do art. 617 do CPP (O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”), podendo o Tribunal conceder habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, §2º do CPP (“Os juizes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”).”

A fundamentação acima foi utilizada para ambos os réus. Ou seja, a 8ª Câmara Criminal do TJRJ entendeu que a lógica utilizada pela magistrada de primeira instância não seria apropriada e que submeteria os réus a uma coação ilegal, eis que desprovida de amparo legal, a justificar a concessão de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do Código de Processo Penal.

Além disso, para fins de nota, vale apontar que o recurso de apelação do Ministério Público foi provido para condenar os apelados também pelo crime de associação para o tráfico, com a aplicação da agravante prevista no art. 61, I, “j”, do Código Penal.

5.3. Caso 5: Francisco, Fernando e Fábio — Proc. nº 0022939-29.2020.8.19.0014.

Tabela 08
Caso 5

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
1.840g	418g de maconha 1.422g de cocaína	1ª	~1/3

De acordo com a inicial acusatória, no dia 16 de outubro de 2020, às 11h50, no bairro Rio Dourado, Rio de Janeiro, Francisco, Fernando e Fábio, em comunhão de ações com o adolescente Olavo, preparavam, tinham em depósito e guardavam (i) 418g (quatrocentos e dezoito gramas) de erva seca prensada, identificada como *Cannabis Sativa L.*, acondicionada em um tablete; (ii) 1.422g (mil e quatrocentos e vinte e dois gramas) de cocaína, distribuídas em 307g (trezentos e sete gramas) estarem num tablete envolto em plástico; 658g (seiscentos e cinquenta e oito gramas) em duas sacolas plásticas; e 457g (quatrocentos e cinquenta e sete gramas) estarem distribuídos em 159 (cento e cinquenta e nove) tubos plásticos transparentes, “cada um envolto em sacolés plásticos transparentes fechados com grampo metálico e etiquetas, ostentando a seguinte inscrição ‘RAJADÃO 25’”.

Quanto a Olavo, o menor de idade, a denúncia narra que os acusados associaram-se a ele e entre si, de modo estável e permanente, “para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, o crime de tráfico ilícito de drogas”.

Alguns policiais militares em patrulhamento receberam a notícia, por meio do telefone 190, de que alguns indivíduos oriundos da comunidade Parque União, também localizada no Rio de Janeiro, estariam organizando drogas em um imóvel situado no bairro Rio Dourado. Ao comparecer até o endereço indicado, os policiais militares encontraram Francisco saindo do imóvel, ocasião em que, após demonstrar nervosismo, informou aos agentes que havia mais três pessoas no interior da residência, “franqueando a entrada dos policiais”.

Os agentes ingressaram no imóvel, acautelando Francisco no primeiro andar. Ao chegarem ao segundo, avistaram os demais acusados bem como o adolescente Olavo sentados em um sofá. Em cima de uma mesa, havia parte do material entorpecente apreendido, bem como uma balança e uma peneira, sendo certo que o material total foi reunido após busca no imóvel.

Dessa forma, a denúncia conclui que as condutas praticadas foram subjetivamente típicas, ilícitas e culpáveis, estando os então denunciados incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, e artigo 35, ambos cumulados com o artigo 40, IV e VI, todos da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Ao final da instrução criminal, foi prolatada sentença julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia para condenar os três acusados nas penas dos crimes previstos nos dispositivos acima. Na dosimetria da pena, após discriminar algumas circunstâncias judiciais que não seriam valoradas negativamente — como a culpabilidade, os antecedentes, personalidade e conduta social —, o Juízo de primeiro grau afirmou que:

“No entanto, entendo que as consequências da prática do referido crime são as mais nefastas. O estado do Rio de Janeiro vive em constante guerra, principalmente, em razão da atuação das facções criminosas que possuem o tráfico como sua atividade. Vemos, diariamente, pessoas sendo assaltadas e mortas, tendo os referidos crimes como única causa, o tráfico de drogas. Tais consequências não podem ser desconsideradas neste momento, merecendo, portanto, maior atenção deste juízo, motivo pela qual a sanção penal deve ser majorada. E, por fim levando em consideração a quantidade da droga apreendida. Fixo a pena-base em o que revela grau de culpabilidade maior que a implícita no tipo penal, fixo a pena-base para o crime de tráfico em 06 (seis) anos 07 (sete) meses reclusão e 667 (seiscentos e sessenta e sete) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do maior salário-mínimo vigente ao tempo do fato, considerando que não possui elementos para avaliar a situação econômica do réu”.

A mesma fundamentação, *ipsis litteris*, foi utilizada para os três acusados, de modo que as penas-base foram todas fixadas em 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de reclusão, além do pagamento de 667 (seiscentos e sessenta e sete) dias-multa. Isto é, aproximadamente 1/3 acima do mínimo legal abstratamente cominado para o delito de tráfico.

Todos os acusados interpuseram recurso de apelação, distribuídos à 1ª Câmara Criminal. A apelação foi desprovida por unanimidade de votos. Ao examinar a dosimetria, a Câmara limitou-se a consignar que “*não há que se falar em redução da pena-base, visto que o*

juízo a quo nada mais fez que aplicar corretamente o princípio da individualização da pena”, e nada mais.

5.4. Caso 10: Igor — Proc. nº 0074838-08.2020.8.19.0001.

Tabela 09
Caso 10

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
654g	620g de cocaína 34g de crack	5ª	1/6

Segundo a denúncia, no dia 7 de abril de 2020, por volta das 6h40, no bairro Jardim Iris, localizado em São João de Meriti, RJ, nas proximidades da comunidade Vila Ruth, Igor trazia consigo, “para fins de tráfico”, e em comunhão de ações e desígnios com o adolescente Iago, (i) 620g (seiscentos e vinte gramas) de cocaína, distribuídos em 443 (quatrocentos e quarenta e três) pequenos sacos plásticos incolores, fechados por papel e contendo a inscrição “MORRO DO AMOR CV PÓ 5 O MELHOR DO JARDIM IRIS”, “MORRO DO AMOR CV PÓ \$15 MELHOR DO JARDIM IRIS” e “MORRO DO AMOR CV 20 MELHOR DO JARDIM IRIS”, todos fechados por grampos metálicos; e (ii) 34g (trinta e quatro gramas) de cocaína em pedra, popularmente conhecida como *crack*, distribuídos em 135 (cento e trinta e cinco) pequenos sacos plásticos incolores, também cobertos por papel e contendo a inscrição “MORRO DO AMOR CV 15 O ÓLEO”.

A denúncia narra ainda que Igor teria se associado ao adolescente Iago e a outros indivíduos não identificados, todos pertencentes à facção criminosa Comando Vermelho, “unindo recursos e esforços para a prática do tráfico de drogas nesta Comarca”.

Alguns policiais estavam em patrulhamento no local quando tiveram sua atenção voltada para dois indivíduos “que se mostraram assustados ao notarem a presença da guarnição”. Realizada a abordagem, foi apreendida com o então denunciado Igor uma sacola contendo parte do entorpecente acima descrito, bem como um rádio transmissor “ligado na frequência do tráfico”. Os policiais também revistaram o adolescente, encontrando o restante dos entorpecentes e outro rádio transmissor.

Assim, Igor foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput*, e 35, ambos cumulados com o artigo 40, VI, todos da Lei nº 11.343/2006 e na forma do artigo 69 do Código Penal.

Após finalizada a instrução criminal, foi prolatada sentença julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Igor nas penas dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006 e na forma do artigo 69 do Código Penal. Após afirmar que não havia circunstâncias judiciais contrárias ao réu, o Juízo de primeiro grau fixou sua pena-base no mínimo legal, isto é, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

O Ministério Público, contudo, interpôs recurso de apelação contra a sentença, o qual foi distribuído à 5ª Câmara Criminal do TJRJ. Em segundo grau, o entendimento foi outro. A Câmara exasperou a pena-base de Igor na fração de 1/6 sobre o mínimo legal abstratamente cominado, sob a seguinte justificativa:

“A pretensão merece prosperar, haja vista que o artigo 42, da Lei de Drogas, preceitua que na fixação das penas, o magistrado, ao proceder a análise em conjunto com as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, deve considerar, mormente, a quantidade, diversidade e a natureza da substância, assim como a personalidade e a conduta social do agente. Por esse foco, afigura-se pertinente que o julgador, a partir da pena mínima, ao iniciar o processo de sua fixação, motivadamente a eleve se existirem circunstâncias desfavoráveis ao condenado, distanciando-a do mínimo abstratamente instituído. Na situação vertente, as circunstâncias da perpetração do crime devem ser consideradas desfavoráveis, levando em conta que a reprovabilidade de sua conduta excedeu à normalidade do tipo, em razão da natureza, variedade e quantidade das drogas arrecadadas, afigurando-se suficiente majorá-la em 1/6 (um sexto), o que corresponde a 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, já que as demais circunstâncias judiciais não destoam da sua normalidade e são inerentes do próprio tipo penal”.

A sentença foi, portanto, reformada para fixar a pena-base em 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

5.5. Caso 13: Carlos — Proc. nº 001197-22.2016.8.19.0067.

Tabela 10
Caso 13

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
541g	289g de cocaína 252g de maconha	6ª	—

De acordo com a inicial acusatória, no dia 20 de fevereiro de 2016, às 10h, na Comunidade Parque Floresta, Rio de Janeiro, RJ, Carlos trazia consigo, “com intenção de tráfico”, (i) 289g (duzentos e oitenta e nove gramas) de cocaína, distribuídos em 224 (duzentos e vinte e quatro) pequenos sacos incolores; e (ii) 252g (duzentos e cinquenta e dois gramas) de *Cannabis Sativa L.*, distribuídas em 101 (cento e um) pequenos sacos plásticos.

Alguns policiais militares receberam determinação do comando para se dirigirem à comunidade acima mencionada e, ao chegaram, avistaram o então denunciado Carlos sentado em local conhecido como “Boca do Iraque”, comercializando o material entorpecente apreendido e portando, além de um rádio transmissor, a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais) em espécie. Assim, a denúncia conclui que Carlos estaria incurso na pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Finda a instrução criminal, foi prolatada sentença condenatória julgando procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Carlos ao crime previsto no dispositivo acima. Na parte relativa à dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal, isto é, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, por entender o magistrado que não havia circunstâncias desfavoráveis ao acusado.

Carlos interpôs recurso de apelação contra a sentença, o qual foi distribuído à 6ª Câmara Criminal. O recurso foi parcialmente provido, mantendo-se, contudo, a pena-base no mínimo legal sem maiores justificativas.

5.6. Caso 16: Sandro e Sabrina — Proc. nº 0009222-17.2022.8.19.0066.

Tabela 11
Caso 16

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
411,7g	Maconha	7ª	1/6

De acordo com a denúncia, no dia 31 de maio de 2022, por volta de 07h30, na Rodovia Lúcio Meira, Rio de Janeiro, Sandro e Sabrina traziam consigo, em comunhão de ações e desígnios, 411,7g de erva seca, picada e prensada, conhecida como maconha, acondicionadas em 18 (dezoito) pacotes de cor preta. Além disso, os então denunciados conduziam um veículo clonado, “*cientes de que o automóvel era produto de crime, já que produto de roubo*”.

A denúncia também afirma que os denunciados associaram-se entre si com outros dois indivíduos “*para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes*”.

Na ocasião, agentes da Polícia Rodoviária Federal receberam solicitação de apoio de outra equipe, informando que o condutor do veículo supostamente clonado não obedeceu a ordem de parada de fiscalização. Os policiais foram até o posto de pedágio da rodovia, onde interceptaram o automóvel indicado. Durante a revista, foi imediatamente constatada a presença das embalagens com os entorpecentes na traseira do veículo, de onde o banco tinha sido retirado. De acordo com a denúncia, Sandro e Sabrina relataram, ainda, que estavam vindo de Dourados, no Mato Grosso do Sul, com destino à Itaboraí, no Rio de Janeiro.

Assim, o Ministério Público concluiu que os denunciados estariam incursos nas penas dos artigos 33, *caput*, e artigo 35, ambos com incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, V, todos da Lei nº 11.343/2006, e artigo 180, *caput*, do Código Penal, tudo praticado na forma do artigo 69 do mesmo diploma legal.

Com o fim da instrução criminal, foi prolatada sentença julgando parcialmente procedente a punição punitiva estatal para condenar Sandro e Sabrina como incursos no art. 33,

caput, da Lei de Drogas, e absolvê-los da imputação do art. 35 do mesmo diploma legal, bem como do art. 180 do Código Penal.

Quanto à dosimetria, o Juízo de primeiro grau entendeu que a quantidade de droga apreendida fazia jus à valoração do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Assim, a pena-base de ambos os réus foi fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa — isto é, foi exasperada em 1/6 acima do mínimo legal.

Sandro e Sabrina interpuseram recurso de apelação contra a sentença, distribuído à 7ª Câmara Criminal do TJRJ. No acórdão, a pena-base foi mantida com uma pequena observação:

“Como cediço, o juiz possui manifesta discricionariedade no calibre da pena-base, devendo fundamentar eventual aumento de acordo com os elementos moduladores previstos no art. 59 do CP e, in casu, do art. 42 da Lei de Drogas, sempre mantendo estreita correspondência entre a censurabilidade da conduta, as circunstâncias do delito e a sanção a ser aplicada (princípio da individualização da pena). Na hipótese, a pena foi exasperada em comedida fração 1/6 (um sexto), e, destacando-se a expressiva quantidade de entorpecente: 411,700g (quatrocentos e onze mil e setecentos gramas) de maconha, a revelar maior lesão ao bem jurídico, não há o que se retocar, eis que tal aumento foi aplicado de forma deveras benevolente”.

Contudo, tendo em vista que o recurso de apelação foi interposto apenas pelos réus, a pena-base continuou repousando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

5.7.Caso 21: Jamil — Proc. nº 0081119-43.2021.8.19.0001.

Tabela 12
Caso 21

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
297,5g	90g de maconha 81g de cocaína 26,5g de cocaína	4ª	1/6

Conforme narrado pela inicial acusatória, na madrugada do dia 11 de abril de 2021, em horário não especificado, na Comunidade da Glória, Jamil, em conjunto com Joel, previamente ajustados entre si “e em união de ações e desígnios criminosos”, traziam consigo (i) 81g (oitenta e um gramas) de cocaína, contidos em 54 (cinquenta e quatro) invólucros plásticos incolores, fechados por meio de grampos metálicos fixando um papel branco com as

escritas “FAIXA PRETA”, “PÓ”, “CV”, “25” e a imagem de um quimono com faixa preta, contendo, em seus interiores, cápsulas plásticas incolores, fechadas por meio de tampa plástica de pressão; (ii) 26,5g (vinte e seis vírgula cinco gramas) de cocaína, contidos em 53 (cinquenta) e três invólucros plásticos incolores, fechados por meio de grampos metálicos fixando um papel branco com as mesmas escritas acima e a imagem de uma caveira; e (iii) 190g (cento e noventa gramas) de *Cannabis Sativa L.*, acondicionadas em 8 (oito) pequenos tabletes de erva seca prensada, envolvidos por filme plástico incolor, fixando etiqueta adesiva multicolorida com as escritas “GLÓRIA”, “CV”, “A BRABA” e “50”.

Além disso, a denúncia narra que, a partir de data indeterminada, mas até 11 de abril de 2021, Jamil e Joel “associaram-se entre si, com o fim de juntos praticarem, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06”.

Ainda de acordo com a exordial, uma equipe policial, já conhecendo o ponto de venda de drogas na localidade conhecida como “Final Feliz” ou “Chapadinho”, procedeu até o local em viatura descaracterizada. Lá, os policiais avistaram três pessoas, dentre elas os denunciados e um outro indivíduo chamado Jander. Os agentes da lei desembarcaram e se identificaram, detendo os denunciados e arrecadando duas sacolas plásticas, cada um com uma.

Dessa forma, Jamil e Joel foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Finda a instrução criminal, apenas Jamil foi condenado. Na sentença, o Juízo de primeiro grau fixou a pena-base do acusado em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa — isto é, aproximadamente 1/2 — considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais de (i) culpabilidade; (ii) consequências; (iii) conduta social; e (iv) motivos, sob a seguinte justificativa:

“A culpabilidade do acusado, aferível no caso concreto, revela merecer reprimenda mais severa que o habitual. Os motivos do crime não o justificam. As consequências do delito, considerada a quantidade significativa da substância entorpecente, são deveras graves, ante a afetação à saúde de um número significativo de pessoas, sendo além do tráfico miúdo. Sua conduta social demonstra desprezo com o bem-estar e a saúde do próximo. Não há elementos nos autos que digam quanto à sua personalidade. Sua conduta social é censurável. Não há anotação de antecedentes criminais. Por tais

motivos, fixo-lhe a pena-base em 07 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa, sendo cada dia-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.”.

Jamil interpôs recurso de apelação contra a sentença, o qual foi distribuído à 4ª Câmara Criminal do TJRJ. No acórdão, especificamente na dosimetria, a fração utilizada para exasperar a pena-base foi reduzida para 1/6 sobre o mínimo legal, com base na seguinte fundamentação:

“Entendo, contudo, que a exasperação da pena base realizada pelo magistrado de primeiro grau não antedeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nem, tampouco, apresentou motivação idônea, salvo no que se refere à quantidade e variedade de drogas. O apelante é primário, não possui maus antecedentes, sendo certo que as circunstâncias, motivos e consequências do delito são as normais do tipo. Em relação à conduta social, de acordo com a jurisprudência do STJ, trata da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho e na vizinhança (EAREsp 1311636). Assim, não possui motivação idônea a valoração negativa das circunstâncias judiciais feita pelo juiz sentenciante, exceto no que tange à quantidade e variedade das drogas. A natureza, variedade e quantidade da droga, conforme previsão do artigo 42, da Lei 11.343/2006, devem ser analisadas conjuntamente, como circunstância judicial única. O acusado foi preso na posse de expressiva quantidade de drogas, quais sejam, 190g de maconha, 81g de cocaína acondicionada em 54 sacolés, com as escritas "FAIXA PRETA", "PÓ", "CV", "25", e 26,5g de cocaína, acondicionadas em 53 sacolés, contendo a inscrição "FAIXA PRETA", "PÓ", "CV", "10" (fls. 68/73). A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. (AgRg no HC n. 658.848/SP, Quinta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 14/02/2022). No caso em tela, o não reconhecimento do tráfico privilegiado não se fundamentou na quantidade e variedade de drogas. Logo, deve a pena ser exasperada na primeira fase da dosimetria em razão da quantidade expressiva das drogas apreendidas. Com relação à fração de aumento, a jurisprudência uníssona do STJ é no sentido de que “A exasperação da pena-base em decorrência de circunstâncias judiciais negativas deve ser na fração de 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável, parâmetro que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique elevação em patamar superior (AgRg no AREsp n. 1.679.045/AC)”. Logo, em relação à natureza e quantidade de drogas, a exasperação da pena base deve ser na fração de 1/6. 53”.

Desse modo, a pena-base de Jamil foi fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

5.8.Caso 23: Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago — Proc. nº 0017910-02.2021.8.19.0066.

Tabela 13
Caso 23

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
239,9g	146,1g de maconha	2ª	1/8

78,6g de cocaína 8,2g de crack

De acordo com a denúncia, no dia 22 de dezembro de 2021, por volta de 11h, na localidade da Rua 07, Califórnia, Barra do Pirai, RJ, Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago, “em união de ações e desígnios entre si” e com o adolescente Tomás, guardavam e tinham em depósito, “para fins de tráfico”, (i) 146,1g (cento e quarenta e seis vírgula um gramas) de *Cannabis Sativa L.*, acondicionados em 44 (quarenta e quatro) invólucros plásticos; (ii) 78,6g (setenta e oito vírgula seis gramas) de cocaína, acondicionados em 67 pequenos frascos do tipo *eppendorf*; e (ii) 8,2g (oito vírgula dois gramas) de cocaína na forma de *crack*, acondicionados em 46 (quarenta e seis) invólucros plásticos.

Ainda de acordo com a inicial acusatória, os então denunciados e o adolescente Tomás associaram-se entre si e com terceiros não identificados, mas pertencentes à facção criminosa Terceiro Comando Puro (“TCP”), consciente e voluntariamente, e com dolo de praticar o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Além disso, os denunciados foram encontrados na posse de duas pistolas calibre 9mm (nove milímetros), sendo uma delas com numeração de identificação raspada, bem como 10 (dez) munições de mesmo calibre.

Na ocasião, alguns policiais militares foram informados de que uma residência naquela localidade estaria sendo utilizada como depósito de drogas e armas da facção criminosa TCP, havendo a informação prévia, inclusive, de que os denunciados se utilizariam de uma espécie de “*fundo falso*” em uma pia para esconder os entorpecentes. Além disso, os agentes foram informados de que os denunciados seriam, na verdade, da cidade de Angra dos Reis, e teriam se dirigido até Barra do Pirai para fortalecer o tráfico local.

Os agentes, então, compareceram até o endereço e encontraram Tadeu, informando-o das informações. O denunciado, por sua vez, afirmou que não havia nada de ilícito no local, autorizando a realização de buscas. Cientes do suposto “*fundo falso*”, os policiais foram até a pia da cozinha e levantaram uma espécie de tampa que guarnecia o móvel, encontrando escondidas as drogas e o armamento.

Na capitulação, a denúncia consigna que os denunciados estariam incurso nas penas do artigo 33, caput, e artigo 35, c/c artigo 40, VI, todos da Lei nº 11.343/2006, e artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, tudo em concurso material.

Finda a instrução criminal, foi prolatada sentença condenatória em desfavor dos réus. Nela, a dosimetria da pena foi analisada de forma conjunta na primeira fase. O Juízo de primeiro grau consignou que:

“(…) as circunstâncias do fato e a culpabilidade extrapolaram sensivelmente o normal para a incidência do tipo de tráfico, ante a maior reprovabilidade social da conduta ilícita praticada, em razão da natureza de duas das drogas apreendidas (cocaína e crack), as quais ostentam um maior potencial lesivo à saúde pública, se comparadas, por exemplo, com a “maconha”, o que acarreta um incremento no grau de censurabilidade da conduta”.

Assim, em primeira instância, as penas dos réus foram elevadas em 1/8 sobre o mínimo legal, totalizando 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, bem como 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, para cada acusado.

Todos os acusados interpuseram recurso de apelação, distribuído à 2ª Câmara Criminal do TJRJ. Ao examinar a dosimetria da pena fixada em primeiro grau, a Câmara limitou-se a afirmar que “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos com os réus possibilitam a majoração da pena-base”, mantendo o *quantum* ora fixado. Desse modo, negaram provimento ao recurso de apelação, mantendo-se integralmente a sentença prolatada.

5.9. Caso 32: Álvaro e Arnaldo — Proc. nº 009563-37.2022.8.19.0001.

Tabela 14
Caso 32

Quantidade total	Espécie	Câmara	Fração
90,86g	33g de maconha 32,7g de cocaína 25,1g de maconha	3ª	1/6

De acordo com a denúncia, no dia 18 de abril de 2022, por volta das 17h35, em Campo Grande, Rio de Janeiro, RJ, o então denunciado Álvaro, “em comunhão de ações e desígnios com elementos da facção criminosa conhecida como Terceiro Comando Puro, TCP”, trazia consigo, transportava e entregava, com vistas ao comércio ilícito de drogas, 25,10g (vinte e cinco vírgula dez gramas) de cocaína, distribuídas em 34 (trinta e quatro) sacolés confeccionados com plástico incolor e transparente, ostentando uma etiqueta com a impressão “TCP 100% PRAZER MULHER DO BRABO R\$ 20,00”.

Na mesma data e localidade, por volta das 18h20, o denunciado Arnaldo, “*em comunhão de ações e desígnios com elementos da facção criminosa conhecida como Terceiro Comando Puro, TCP*”, trazia consigo, transportava e entregava, com vistas ao comércio ilícito de drogas, (i) 33g (trinta e três gramas) de erva seca prensada (maconha), embaladas em 12 (doze) tabletes envoltos com filme plástico de PVC incolor e transparente, possuindo etiqueta com a impressão “TCP RACHA CÔCO DO ACARI R\$ 10,00”; (ii) 32,76g (trinta e dois vírgula setenta e seis gramas) de cocaína, distribuídas em 84 (oitenta e quatro) sacolés confeccionados com plástico incolor e transparente, com a etiqueta com a impressão “PANCADÃO R\$ 5,00”.

Segundo a denúncia, os denunciados, “em comunhão de ações e desígnios entre si e com elementos não identificados do grupo paramilitar conhecido como ‘BONDE DO ZINHO’”, associado à facção do TCP, associaram-se com o fim de praticarem, de forma reiterada ou não, os crimes de tráfico de drogas.

De acordo com o auto de prisão em flagrante, alguns policiais civis tomaram ciência, através de uma operação policial paralela, de que os então denunciados estariam vendendo entorpecentes via delivery em Campo Grande, utilizando-se de diversos veículos e do aplicativo WhatsApp. Assim, seguindo a determinação da autoridade policial, os policiais se dirigiram até o local, presenciando Álvaro realizando uma entrega para um usuário. Após permanecerem trafegando pelo local, os policiais encontraram, alguns metros a frente, o denunciado Arnaldo.

Desse modo, a denúncia consigna que Álvaro e Arnaldo estariam incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Finda a instrução criminal, foi prolatada sentença na qual julgou-se procedente a pretensão punitiva estatal para condenar ambos os réus como incurso nas penas dos dispositivos acima. Quanto à dosimetria, na primeira fase, o Juízo fixou as penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, bem como o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa para os dois acusados. Entendeu-se que a cocaína leva “rapidamente à dependência, e que possuem alto grau de destruição do organismo”. Assim, entendeu-se que a natureza do entorpecente ultrapassava a esfera da normalidade, elevando a pena-base em 1/6 sobre o mínimo legal.

Tanto Álvaro quanto Arnaldo interpuseram recurso de apelação, distribuído à 3ª Câmara Criminal do TJRJ. No acórdão, ao examinar a dosimetria, restou consignado a maior potencialidade lesiva da cocaína se revela elemento idôneo a justificar a exasperação da pena-base. Assim, foram mantidas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

6. ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS SELECIONADOS

Para facilitar o comparativo entre os 9 (nove) resultados discriminados no capítulo anterior, confira-se a tabela abaixo, em que foi feita uma versão reduzida da Tabela 02 — Resultados encontrados, contendo apenas as situações que foram descritas a fundo anteriormente. Vale esclarecer que, assim como foi adiantado na introdução deste estudo, a fração analisada na última coluna da tabela abaixo se refere, única e exclusivamente, ao aumento em razão das circunstâncias judiciais da quantidade e da natureza do entorpecente, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

Tabela 15
Resultados Analisados

Nº	Número do Processo	Nome(s)	Quantidade de (g)	Espécie	Câmara	Fração
3	0120608-24.2020.8.19.0001	Rafael, Rodrigo e Rodolfo	4.240,1	1.100g de maconha, 3.140,1g de cocaína	8ª	1/6
4	0021737-17.2020.8.19.0014	Gabriel e Gustavo	2.610	Maconha	8ª	1/8
5	0022939-29.2020.8.19.0014	Francisco, Fernando e Fábio	1.840	418g de maconha e 1.422g de cocaína	1ª	~1/3 ¹⁶
10	0074838-08.2020.8.19.0001	Igor	654	620g de cocaína e 34g de crack	5ª	1/6
13	001197-22.2016.8.19.0067	Carlos	541	289g de cocaína e 252g de maconha	6ª	—
16	0009222-17.2022.8.19.0066	Sandro e Sabrina	411,7	Maconha	7ª	1/6
21	0081119-43.2021.8.19.0001	Jamil	297,5	190g de maconha, 107,5g de cocaína	4ª	1/6
23	0017910-02.2021.8.19.0066	Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago	239,9	146,1g de maconha, 78,6g de cocaína, 13,2g de crack	2ª	1/8
32	0095693-37.2022.8.19.0001	Álvaro e Arnaldo	90,86	58,1g de maconha e 32,76g de cocaína	3ª	1/6

No caso nº 3 (Rafael, Rodrigo e Rodolfo), os réus foram encontrados com 4.240,1g (quatro mil, duzentos e quarenta vírgula um gramas) de entorpecentes, divididos entre maconha e cocaína. O recurso de apelação, distribuído à 8ª Câmara Criminal, foi parcialmente provido,

¹⁶ Neste caso, a fração de 1/3 aplicada para a elevação da pena-base é aproximada. O relator não especificou a fração utilizada, mas tão somente fixou a quantidade total de pena na primeira fase.

e a pena-base foi incrementada em 1/6 acima do mínimo legal com base na circunstância judicial da quantidade (somente quanto a Rafael).

Por outro lado, no caso nº 32 (Álvaro e Arnaldo), os réus foram encontrados com 90,86g (noventa vírgula oitenta e seis gramas) de entorpecentes, divididos entre maconha e cocaína, e suas penas-base também foram majoradas em 1/6 sobre o mínimo legal. O recurso de apelação, distribuído à 3ª Câmara Criminal, foi parcialmente provido.

Numa simples análise inicial, é possível perceber que mais de 4kg (quatro quilos) de drogas separavam os réus das duas situações e, ainda assim, a pena-base foi aumentada no mesmo patamar. A espécie da droga era a mesma. As condições quanto ao crime de tráfico de drogas também era a mesma. Nos dois casos, o crime foi praticado em concurso de pessoas. A única diferença, contudo, foi a Câmara Criminal.

Em outro comparativo com o caso nº 32, veja-se também o caso nº 13 (Carlos). Neste último, o réu havia sido encontrado de posse de 541g (quinhentos e quarenta e um gramas) de entorpecentes, divididos entre cocaína e maconha. O recurso de apelação foi distribuído à 6ª Câmara Criminal — isto é, a Câmara que, nos cinco primeiros resultados coletados de acordo com os critérios expostos na metodologia, não aumentou a pena-base em nenhum dos casos — e a pena-base repousou no mínimo legal.

O resultado, uma vez mais, contrasta com aquele aplicado aos réus Álvaro e Arnaldo, da 3ª Câmara Criminal, que foram encontrados com uma quantidade substancialmente inferior ao réu do caso nº 13 e, ainda assim, tiveram suas penas-base aumentada em 10 (dez) meses de reclusão e 83 (oitenta e três) dias-multa acima do mínimo, enquanto para Carlos a pena-base abstratamente cominada não foi alterada.

Outro comparativo interessante é o dos casos nº 21 (Jamil) e nº 23 (Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago). Veja-se que Jamil foi encontrado com 297,5g (duzentos e noventa e sete vírgula cinco gramas) de drogas, divididas entre maconha e cocaína. O recurso de apelação, distribuído à 4ª Câmara Criminal, foi parcialmente e sua pena-base foi elevada em 1/6 acima do mínimo legal. Por outro lado, no caso nº 23, os réus foram encontrados com 238,9g (duzentos

e trinta e oito vírgula nove gramas) de drogas, divididas em maconha, cocaína e *crack*, e suas penas-base foram incrementadas em $1/8$ acima do mínimo legal.

O que separou os dois casos, além, claro, da Câmara Criminal, foram 57,6g (cinquenta e sete vírgula seis gramas) de drogas e, ainda, a natureza do entorpecente quanto ao caso nº 23, em que os réus também foram encontrados com *crack*, enquanto no caso nº 21, apenas com maconha e cocaína. Mesmo diante de uma quantidade relativamente pequena de drogas que os diferenciasse, a pena de Jamil foi elevada em $1/6$ acima do mínimo, enquanto as penas-base de Tadeu, Teodoro, Terêncio e Tiago incrementada em $1/8$ sobre o *quantum* abstratamente cominado.

O mesmo pode-se dizer em um comparativo dos casos nº 4 (Gabriel e Gustavo) e nº 5 (Francisco, Fernando e Fábio). No primeiro, os réus foram encontrados com 2.610g (dois mil e seiscentos e dez gramas) de maconha, e o recurso de apelação foi distribuído à 8ª Câmara Criminal. No segundo, os réus foram encontrados com 1.840g (mil e oitocentos e quarenta gramas) de maconha e cocaína, e o recurso foi distribuído à 1ª Câmara Criminal. No caso nº 4, as penas-base foram elevadas em $1/8$ acima do mínimo. Já no caso nº 5, a pena-base foi elevada em aproximadamente $1/3$ acima do mínimo — isto é, quase metade —, exclusivamente em razão das circunstâncias judiciais da quantidade e natureza da droga apreendida.

A fração de quase $1/3$, entretanto, não guarda qualquer relação com critérios lógico-matemáticos para ser justificável. Conforme adiantado, são oito as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, de modo que, logicamente, a fração de $1/8$ a ser aplicada sobre o mínimo legal para exasperar a pena-base seria a melhor a ser adotada. Além disso, sequer foi aplicada a fração de $1/6$, que, embora também não guarde relação lógica com a quantidade de vetoriais, é, ao menos, reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como a mais adequada.

Ou seja, no caso nº 5, simplesmente não houve qualquer respaldo — matemático, doutrinário, jurisprudencial — que amparasse a escolha da fração de $1/3$, sobretudo considerando, neste comparativo, que a diferença da quantidade de drogas nos dois casos foi de 770g (setecentos e setenta gramas) e que, na contramão das expectativas, foram os réus

encontrados com maior quantidade de entorpecentes que obtiveram uma pena-base menor do que aqueles que foram encontrados com quantidade inferior.

Por último, também é possível fazer uma comparação entre os casos nº 10 (Igor) e nº 16 (Sandro e Sabrina). Igor foi encontrado com 654g (seiscentos e cinquenta e quatro gramas) de drogas, divididos entre cocaína e *crack*. O recurso de apelação, distribuído à 5ª Câmara Criminal, foi parcialmente provido e sua pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal. Por outro lado, Sandro e Sabrina foram encontrados com 411,7g (quatrocentos e onze vírgula sete gramas) de maconha. O recurso de apelação, distribuído à 7ª Câmara Criminal, foi parcialmente provido e a pena-base de ambos foi exasperada em 1/6 acima do mínimo legal.

Ou seja, a diferença entre os dois casos, para além da Câmara Criminal, está na quantidade de drogas e na espécie. Sandro e Sabrina foram encontrados apenas com maconha e com mais de 200g (duzentos gramas) de diferença, e a fração utilizada para exasperar suas penas-base foi de 1/6 sobre o mínimo legal — isto é, a mesma que para Igor, que, por sua vez, foi encontrado com uma variedade e quantidade maior de entorpecentes.

Diante desse cenário de diferenças latentes entre um entendimento para o outro, entre uma Câmara para a outra, algumas ponderações se tornam fundamentais. A primeira de todas é, sem dúvidas, a discricionariedade dos critérios de julgamento, evidenciada principalmente nas justificativas ofertadas pelos desembargadores para o recrudescimento da pena-base.

Veja-se, por exemplo, o critério aplicado ao caso nº 5 em primeira instância, no qual a pena-base foi exasperada em 1/3 sobre o mínimo legal e o *quantum* foi mantido em segundo grau. Naquela situação, o magistrado de origem entendeu por bem elevar a pena-base naquela quantidade sob a justificativa de que “o estado do Rio de Janeiro vive em constante guerra, principalmente, em razão da atuação das facções criminosas que possuem o tráfico como sua atividade. Vemos, diariamente, pessoas sendo assaltadas e mortas, tendo os referidos crimes como única causa, o tráfico de drogas”. E, desse modo, defendeu que essas “consequências” não poderiam ser desconsideradas naquele momento (de fixação da pena-base), elevando significativamente a pena aplicada.

Não há, contudo, qualquer relação objetiva, concreta, específica, entre a situação do Estado do Rio de Janeiro e o tráfico de drogas; entre roubos e o tráfico de drogas; ou entre homicídios e tráfico de drogas. Ao menos não para justificar o incremento da pena-base daqueles réus em especial. Afinal, nenhum deles foi denunciado pela prática dos demais crimes mencionados na sentença e, ainda assim, esses mesmos crimes estavam sendo utilizados como fundamentação para o aumento das suas penas.

Indo além, veja-se também a fundamentação utilizada no caso nº 23. Naquela situação, o magistrado de primeiro grau entendeu que as circunstâncias de fato e a culpabilidade extrapolaram o limite normal para o tráfico de drogas “em razão da natureza de duas das drogas apreendidas (cocaína e crack), as quais ostentam um maior potencial lesivo à saúde pública se comparadas, por exemplo, com a ‘maconha’”.

Muito embora o senso comum de fato autorize o pensamento de que o uso de determinadas drogas é mais gravoso do que de outras, é fato que a sentença não utilizou qualquer critério objetivo ou científico para tanto. Apenas elevou a pena-base dos acusados em 1/8 sobre o mínimo legal, calcada exclusivamente em um potencial lesivo abstrato e em uma “vítima” (ou bem jurídico) igualmente abstrata(o): a saúde pública.

Amparando as críticas tecidas acima e trazendo outras para a discussão, vale a menção ao relatório “Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro”, confeccionado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (“DPERJ”)¹⁷. Naquele material, foram analisadas 3.735 (três mil e setecentos e trinta e cinco) sentenças individuais prolatadas pelos Juízos das Varas Criminais da cidade e da região metropolitana do Rio de Janeiro.

Ao formular apontamentos críticos e iniciais aos resultados encontrados, o relatório chegou à três conclusões principais: a primeira, sobre a padronização das sentenças encontradas. Verificou-se que “a atividade judicial tende à elaboração de modelos de sentença”,

17 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro*. Disponível em <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>>. Acesso em 25 out. 2023).

cuja argumentação para condenação (79,97% dos casos) ou absolvição (20,03% dos casos) costuma vir previamente estruturada e pronta para se encaixar à realidade fática” (2018, p. 46). A segunda, sobre a confiança depositada pelo legislador nos julgadores para a correta e justa aplicação do direito. Entendeu-se que essa “confiança”, na verdade, leva “resultados completamente distintos a depender dos juízes que os julgam” — exatamente como verificado na pesquisa realizada neste estudo.

E, por último, a terceira vem complementando a segunda conclusão, sobre a existência inequívoca de uma verdadeira discricionariedade ampla quanto a alguns critérios de julgamento utilizados pelos magistrados de acordo com cada caso concreto. Essa conclusão não se restringe apenas aos resultados coletados pela DPERJ: trata-se exatamente das críticas abordadas acima, sobre a ausência de justificativas plausíveis e adequadas para a incrementação da pena-base dos réus, que muitas vezes se pautam em motivos outros que nada se relacionam ou se aproximam de uma aplicação técnica do direito. Não parece fazer (como de fato não faz) qualquer sentido.

7. CONCLUSÃO E RESPOSTAS

Na dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a mestranda Natalia Cardoso Amorim Maciel dissertou sobre a fundamentação utilizada pelos magistrados no julgamento de crimes relacionados à Lei nº 11.343/2006. O título da dissertação sintetizava bem esse propósito: “As justificativas que foram o convencimento dos juízes no julgamento de crimes da lei de drogas no Rio de Janeiro”¹⁸.

Na parte em que descrevia a metodologia utilizada na sua pesquisa, Natalia explicou que contou com uma equipe de trabalho diversa, composta por — além dela própria — outros pesquisadores e 10 (dez) estagiários com formação em Direito. Sobre a equipe, Natalia comenta que achou “especialmente curiosa a forma como os estagiários reportavam suas impressões, incômodos e contentamentos” (2019, p. 36):

Eram muito comuns falas no sentido “não é assim que estou aprendendo na faculdade” e muitos deles questionavam aspectos técnicos da aplicação da norma: a forma como era feita a dosimetria da pena, o que o juiz considerava como antecedentes e como reincidência, o que caracterizava o concurso de crimes etc. – o que retoma o assunto que trouxe anteriormente sobre como o aprendizado das teorias jurídicas pode ser dissociado das suas aplicações práticas (AMORIM, 2019, p. 36).

E de fato, a realidade é justamente essa. O estudo de Natalia contou com a análise de 3.735 (três mil e setecentos e trinta e cinco) sentenças individuais (coincidentemente, a mesma quantidade analisada no relatório da DPERJ). O número, apesar de significativamente superior ao analisado nesta pesquisa — 40 (quarenta) decisões colegiadas —, refletiu, no fim do dia, a mesma coisa: não é assim que se ensina dosimetria da pena na faculdade. Não é assim que se examina as circunstâncias judiciais. O aprendizado das teorias jurídicas é, realmente, dissociado das suas aplicações práticas.

No segundo capítulo deste estudo, foram feitas algumas perguntas que, agora, repete-se aqui: se não há uma fração padrão a ser aplicada para a valoração das circunstâncias judiciais

18 AMORIM, Natalia. *As justificativas que foram o convencimento dos juízes no julgamento de crimes da lei de drogas no Rio de Janeiro*. 2019.

na primeira fase quanto a outros crimes, haveria um padrão para o *quantum* de aumento a ser fixado em razão da quantidade ou da natureza da droga apreendida com réu? Mais: existe um critério preestabelecido para que esse aumento seja proporcional à quantidade e à lesividade da natureza da droga? Se sim, esse critério é homogêneo, de modo a ser aplicado igualmente a todos os réus, em estrita observância ao princípio da legalidade, ou varia de acordo com circunstâncias aleatórias, como a Câmara a qual o recurso foi distribuído, ou o desembargador relator?

A pesquisa, portanto, buscou solucionar as dúvidas refletidas nesses questionamentos. A verdade, contudo, é que examinar as decisões colegiadas proferidas pelo TJRJ, e selecionadas conforme os critérios dispostos anteriormente, só originou ainda mais perguntas.

Ainda assim, para não escapar do objetivo de responder às indagações acima, pode-se dizer que não há um padrão para o *quantum* de aumento a ser fixado em razão da quantidade ou da natureza da droga apreendida com réu. Sequer há um critério previamente estabelecido para que esse aumento seja proporcional à quantidade ou lesividade da droga. E, além disso, os eventuais critérios adotados pelos julgadores não são homogêneos, variando de acordo com diferentes circunstâncias que vão desde a convicção pessoal do magistrado até a forma de julgamento e orientação da Câmara.

Se esta pesquisa não foi suficiente para sanar por completo as dúvidas, ou, ainda, se a resposta trazida no parágrafo anterior não foi satisfatória aos juristas, ao menos pode-se afirmar que o estudo contribuiu, ainda que minimamente, para evidenciar a forma como os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro percebem e classificam determinadas atividades (relacionadas ao tráfico de drogas) como criminosas, entrelaçando-as com suas convicções pessoais e com o senso comum.

A consequência disso é uma discricionariedade perigosa, que traz verdadeira insegurança aos jurisdicionados. Afinal, com a diferença de entendimentos e de aplicações da pena entre as Câmaras Criminais, aqueles que se sentam no banco dos réus (sejam eles apelantes ou apelados), ficam à mercê da distribuição do recurso. Caso a apelação seja distribuída a uma Câmara que possui tendências mais garantistas, o acusado terá melhores condições de obter

uma pena mais favorável. Do contrário, as chances são praticamente nulas. Trata-se, numa explicação com truísmo, de uma questão de sorte.

E a sorte não combina com o Direito.

Tanto não combina que, para além de uma mera questão de destino ou sorte, as consequências práticas também se fazem presentes. Essa liberdade dada pelo legislador aos magistrados para que formem seu livre convencimento provoca um encarceramento em massa, evidenciado pela pesquisa de dados do próprio sistema penitenciário brasileiro, trazida no início deste estudo.

Os números de presos aumentam ano após ano, numa progressão aritmética que, a despeito dos esforços, não parece ter fim — muito menos força motriz para solucionar o “problema” das drogas. E, quando se analisa no detalhe, verifica-se que o cerne dessa situação se constitui entre as paredes do Fórum, no bojo de uma sentença judicial ou acórdão.

Se há um espaço para se propor uma sugestão a fim de mitigar ou minimizar o problema, pode-se citar brevemente Luciana Boiteux em “Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”, um relatório formulado em parceria com o projeto Pensando o Direito¹⁹.

Naquele material, propõe-se uma reunião de seis medidas que podem servir a esse fim. De maneira objetiva: (i) ampliar as políticas públicas de saúde, com o reconhecimento dos direitos humanos dos usuários de drogas; (ii) estabelecer, no que se refere à resposta penal, diferenças entre drogas leves e pesadas; (iii) diferenciar a quantidade de droga apreendida e o “efetivo grau de participação do acusado no comércio considerado ilícito”; (iv) utilizar, por mais vezes, a substituição por penas alternativas, a fim de evitar a marginalização de usuários; (v) melhora na redação do tipo privilegiado do tráfico, previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006; e (vi) criação de possibilidade de substituição da pena por medidas qualitativas,

19 BOITEUX, Luciana. *Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Relatório de Pesquisa, Projeto Pensado o Direito, Ministério da Justiça, Brasília, 2010.

como cursos profissionais e facilitação de emprego, de modo a contribuir para afastá-los da traficância (BOITEUX, p. 111).

Embora diversas dessas propostas não se relacionem diretamente com a temática deste estudo — isto é, com a pena-base — pode-se dizer que se trata de um caminho, de uma possível solução a ser seguida para reduzir danos e ampliar benefícios a todos: à sociedade e ao indivíduo submetido à ingerência penal estatal.

Ainda assim, a verdade é que o problema não estará resolvido. Tal como a teoria agnóstica da pena, este estudo foi fundado sob a matriz da Teoria Crítica, que, por sua vez, é uma dialética negativa justamente por assumir e se reconhecer “frente ao caos” (VALOIS, p. 653). Se há alguma certeza com o final desta pesquisa, é que as políticas aplicadas atualmente — se é que podem ser chamadas de políticas — não se sustentam. São o verdadeiro antônimo da solução. Apenas mascaram, a quem interessar possa, a realidade na sua versão mais crua, mais dura.

8. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOITEUX, Luciana. **Tráfico de drogas e constituição**. Distrito Federal: Pensando o Direito, 2009.

BRASIL. **Lei nº 11.343/2006 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.

BRASIL. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de setembro de 1940**. Código Penal.

NEVES, Flávia. **Sinônimo de drogas**. set. 2017. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/drogas/#:~:text=Subst%C3%A2ncias%20alucin%C3%B3genas%20e%20entorpecentes%3A,%2C%20t%C3%B3xicos%2C%20excitantes%2C%20estimulantes>>. Acesso em 25 out. 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 18 out. 2023.s