

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DIR1 - DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Gabriela Adams

**ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: UMA  
ANÁLISE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO  
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELOS MAGISTRADOS GAÚCHOS**

Porto Alegre  
2023

GABRIELA ADAMS

**ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: UMA  
ANÁLISE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO  
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELOS MAGISTRADOS GAÚCHOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. <sup>a</sup> Dr. <sup>a</sup> Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre  
2023

Gabriela Adams

**ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: UMA  
ANÁLISE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO  
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELOS MAGISTRADOS GAÚCHOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 15 de setembro de 2023.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves  
Orientadora  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

*À memória da minha avó, Iria Tomasini Dallazem,  
que infelizmente veio a falecer antes que eu pudesse  
finalizar esta pesquisa, mas que, além de vibrar  
intensamente com cada pequena conquista minha,  
aguardava ansiosamente pelo dia da formatura.*

“Se é verdade que o direito penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção na intenção de deter as mãos do delinquente”.

(BETTIOL, O Problema Penal, 1967)

## RESUMO

A reflexão acerca das disparidades entre as penas aplicadas ao delito de tráfico de drogas, sobretudo quando considerados contextos fático-probatórios semelhantes, é de especial relevância; isso porque, se o objetivo da pena é a punição de um crime adotando por base a dimensão da ofensa ao bem jurídico, não é viável admitir disparidades relevantes entre casos de similares dimensões, especialmente considerando que a pena privativa de liberdade atinge o direito fundamental à liberdade. É nesse sentido que se buscou entender, por meio deste trabalho, de que forma e por quais fundamentos os espaços de discricionariedade conferidos pelo legislador podem resultar em arbitrariedades pelos julgadores quando da individualização da pena. Para tanto, no primeiro capítulo, foram realizadas breves considerações sobre o processo dosimétrico brasileiro de aplicação da pena, ressaltando-se as particularidades referentes ao crime de tráfico de drogas; e, no segundo capítulo, realizou-se uma pesquisa quali-quantitativa sobre a jurisprudência das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em relação ao delito de tráfico de drogas, analisando-se as médias de penas aplicadas em apelações criminais que recorrem quanto ao apenamento e foram julgadas durante o mês de março de 2023, bem assim as médias das penas nas sentenças que motivaram tais apelações, a fim de se constatar eventuais dissemelhanças entre as sanções aplicadas e os seus respectivos fundamentos. Analisadas 293 decisões, a pesquisa desenvolvida chegou à conclusão de que a aplicação da pena privativa de liberdade sofreu grandes alterações em sede recursal e, principalmente, reduções na primeira e na terceira fase da dosimetria, pois as Câmaras Criminais, em grande medida, buscaram afastar os fundamentos utilizados pelo primeiro grau de jurisdição que não encontravam qualquer conformidade com os princípios da aplicação da pena e com os entendimentos das Cortes Superiores. Diante desses resultados, foram identificadas discrepâncias em relação à média das penas aplicadas entre o primeiro e o segundo grau de jurisdição, mesmo nas hipóteses de semelhantes contextos fáticos, evidenciando que a inobservância da proporcionalidade acaba por permitir um sistema de penas que não garante a segurança jurídica que lhe é necessária, ultrapassando os limites da discricionariedade, chegando-se à arbitrariedade.

**Palavras-chave:** pena privativa de liberdade; dosimetria; discricionariedade; tráfico de drogas; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

## ABSTRACT

The reflection on the disparities between the penalties applied to the crime of drug trafficking, especially when considering similar factual-evidential contexts, is of special relevance; because, if the purpose of the penalty is the punishment of a crime based on the dimension of the offense to the legal good, it is not feasible to admit relevant disparities between cases of similar dimension, especially considering that the custodial sentence affects the fundamental right to freedom. It is in this sense that this paper sought to understand how and on what grounds the discretionary spaces conferred by the legislator can result in arbitrariness by judges when individualizing the penalty. To this end, in the first chapter, brief considerations were made about the Brazilian dosimetric process of penalty application, highlighting the particularities related to the crime of drug trafficking and; and, in the second chapter, a qualitative and quantitative research was carried out on the jurisprudence of the Criminal Chambers of the Court of Justice of Rio Grande do Sul in relation to the crime of drug trafficking, analyzing the average sentences applied in criminal appeals judged during the month of March 2023, as well as the average custodial sentences of the decisions on which those appeals were based, in order to verify possible dissimilarities between the sanctions applied and their respective grounds. After analyzing 293 decisions, the research reached the conclusion that the application of the custodial sentence underwent major changes on appeal and, mainly, reductions in the first and third phase of dosimetry, as the Criminal Chambers, to a large extent, sought to dismiss the grounds used by the first degree of jurisdiction that did not find any conformity with the principles of the application of the penalty and with the understandings of the Superior Courts. In view of these results, discrepancies were identified in relation to the average sentences applied between the first and second degree of jurisdiction, even in the event of similar factual cases, showing that failure to observe proportionality ends up allowing a system of penalties that does not guarantee the legal certainty that is necessary, exceeding the limits of discretion, reaching arbitrariness.

**Keywords:** custodial sentence; dosimetry; discretion; drug trafficking; Court of Justice of Rio Grande do Sul.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2</b>	<b>DOSIMETRIA DA PENA: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS</b>	12
2.1	OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL	16
2.2	PRIMEIRA FASE: A APLICAÇÃO DA PENA-BASE	20
2.2.1	<b>As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal</b>	21
2.2.2	<b>As circunstâncias judiciais preponderantes previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/06</b>	28
2.3	SEGUNDA FASE: A APLICAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA	30
2.3.1	<b>Agravantes</b>	31
2.3.1.1	Reincidência	31
2.3.1.2	Calamidade pública ou desgraça particular	34
2.3.2	<b>Atenuantes</b>	35
2.3.2.1	Menor de vinte e um anos na data do fato ou maior de setenta anos ao tempo da sentença	35
2.3.2.2	Confissão espontânea	35
2.4	TERCEIRA FASE: A APLICAÇÃO DA PENA DEFINITIVA	37
2.4.1	<b>Causas especiais de aumento de pena previstas no art. 40 da Lei n.º 11.343/06</b>	37
2.4.2	<b>Causas especiais de redução de pena previstas na Lei n.º 11.343/06</b>	41
2.4.2.1	Art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06	41
2.4.2.2	Art. 41 da Lei n.º 11.343/06	43
<b>3</b>	<b>AS PENAS APLICADAS PELOS MAGISTRADOS GAÚCHOS NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS</b>	44
3.1	METODOLOGIA DE PESQUISA	44
3.2	ANÁLISE DOS DADOS OBTIDOS NA PESQUISA	46
3.2.1	<b>Julgados da Primeira Câmara Criminal</b>	46
3.2.1.1	Média das penas privativas de liberdade aplicadas	46
3.2.1.2	Fase dosimétrica em que as penas privativas de liberdade obtiveram maior reforma	47
3.2.1.3	Fundamentos de maior incidência para a reforma da pena	48



<b>3.2.2</b>	<b>Julgados da Segunda Câmara Criminal</b> .....	52
3.2.2.1	Média das penas privativas de liberdade aplicadas .....	53
3.2.2.2	Fase dosimétrica em que as penas privativas de liberdade obtiveram maior reforma .....	53
3.2.2.3	Fundamentos de maior incidência para a reforma da pena .....	54
<b>3.2.3</b>	<b>Julgados da Terceira Câmara Criminal</b> .....	56
3.2.3.1	Média das penas privativas de liberdade aplicadas .....	56
3.2.3.2	Fase dosimétrica em que as penas privativas de liberdade obtiveram maior reforma .....	57
3.2.3.3	Fundamentos de maior incidência para a reforma da pena .....	58
3.3	CONCLUSÕES SOBRE OS DADOS OBTIDOS NA PESQUISA .....	62
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	68
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	71
	<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS</b> .....	74

## 1 INTRODUÇÃO

Estando-se diante da prática de um fato ilícito, antijurídico e culpável, transcorrido o devido processo legal, ocorrerá, na hipótese de decisão condenatória, a aplicação de uma sanção em decorrência do crime levado a efeito. A aplicação dessa pena, por sua vez, deve ser pautada pela individualização, que, mediante interpretações cabíveis proporcionadas pelo legislador, concede ao julgador uma margem considerável de discricionariedade. Esses espaços de vinculação se mostram necessários, pois, em razão da necessidade de individualização da pena em face do indivíduo e dos fatores peculiares ao caso concreto, viabilizam um julgamento mais equânime e adequado.

Não obstante os inegáveis benefícios decorrentes da discricionariedade conferida aos magistrados, em igual medida é inquestionável que esses espaços abertos podem vir a gerar situações de desigualdade à medida em que sujeitos que cometem o mesmo delito, ainda que em contextos fáticos-probatórios semelhantes, podem receber sanções relevantemente dissonantes, a depender do juiz designado para o julgamento da ação penal. A partir desse conflito, a presente pesquisa adota como tema os espaços de discricionariedade quando da individualização das penas privativas de liberdade no crime de tráfico de drogas pelos magistrados do Estado do Rio Grande do Sul.

Como problema de pesquisa, questiona-se: de que forma e por quais fundamentos a discricionariedade, que se constitui como um aspecto inerente à individualização da pena, pode vir a se tornar arbitrariedade? Aqui, traduz-se o arbítrio nas situações em que se excede o exercício regular da discricionariedade, passando a representar posições e crenças particulares do julgador, o que acaba por impedir um julgamento justo e devido.

Dentre os crimes previstos na legislação federal, o recorte quanto ao crime tráfico de drogas foi realizado por razões diversas. Entre elas, é possível mencionar o relevante intervalo estabelecido pelo legislador para a aplicação de pena, de acordo com o que consta no art. 33, caput, da Lei de Drogas, a pena de reclusão poderá variar entre cinco e quinze anos. Outrossim, o delito de tráfico de drogas encontra expressivo número de episódios no município de Porto Alegre: de acordo com informações da Secretaria de Segurança Pública, a traficância fica atrás somente de três delitos de caráter patrimonial (furto, estelionato e roubo), sendo que, no município, apenas no primeiro semestre de 2023, foram registradas 1.530 ocorrências de tráfico de drogas<sup>1</sup>. Por terceiro, a tipificação do delito de tráfico de entorpecentes abarca um extenso

---

<sup>1</sup> RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores Criminais Geral e por Município**,

rol de práticas relativas às substâncias psicoativas, genericamente definidas como drogas, abrangendo, desse modo, condutas diversas.

A hipótese aqui adotada se insere no sentido de que espaços que conferem discricionariedade ao julgador durante a individualização da pena privativa de liberdade, especialmente as circunstâncias que buscam dosar a pena-base previstas no art. 59 do Código Penal, por diversas vezes, acabam acarretando situações de desigualdade. Esse quadro resultaria em cenários em que, tanto em primeira como em segunda instância de jurisdição, condenados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que o delito tenha sido cometido em semelhantes circunstâncias, recebem sanções significativamente diversas, que são justificadas por fundamentos arbitrários e crenças pré-concebidas que não encontram respaldo nos princípios que regem a aplicação da pena, nem nas jurisprudências consolidadas pelas Cortes Superiores.

Para essa investigação, o primeiro capítulo do estudo será dedicado à análise dos princípios que regem a aplicação da pena, seguindo-se para as investigações quanto a essa aplicação no sistema brasileiro. Por meio da averiguação do método trifásico, serão identificados os dispositivos em que há maiores espaços abertos a viabilizar interpretações e aplicações que podem resultar em um uso indevido da discricionariedade. Quanto a esses pontos, pretende-se expor as interpretações trazidas pela doutrina e pelos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente no que diz respeito às peculiaridades existentes em relação à dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas.

No segundo capítulo, por meio de um estudo empírico sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça em relação ao tráfico de drogas, buscou-se averiguar a aplicação da pena para esse crime tanto nas apelações criminais, como também nas sentenças condenatórias que as motivaram, expondo as respectivas reformas ou manutenções em sede recursal. No desenvolvimento das investigações, o objetivo é identificar se, durante a realização da dosimetria, os julgadores buscaram observar os princípios inerentes à aplicação da pena e os mencionados entendimentos jurisprudências consolidados, mecanismos que se fazem necessários para garantir um nível mínimo de segurança jurídica.

Para a realização da pesquisa quali-quantitativa, serão analisadas as penas aplicadas para o delito de tráfico de drogas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul durante o mês de março de 2023 em território gaúcho, escolhido em virtude de ser o local onde foi realizado o presente estudo e delimitado o período por ser o mês imediatamente anterior ao

início da pesquisa. Além da restrição territorial e temporal, mostrou-se necessária a restrição do estudo a processos criminais em que o acusado foi condenado – e teve mantida a condenação pelo tribunal – de forma exclusiva pelo crime de tráfico de drogas, disposto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Nesse passo, busca-se verificar a aplicação da pena de forma prática, analisando as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, as penas aplicadas pelos juízes de primeiro grau e as reformas ou manutenções quanto às sanções pelo tribunal gaúcho, analisando de forma comparativa o *quantum* de pena privativa de liberdade aplicado por cada uma das Câmaras Criminais, contrapondo-as, ainda, às sanções determinadas pelos juízos *a quo*. Na sequência, pretende-se investigar os fundamentos que justificaram as penas aplicadas pelos magistrados e a compatibilidade destes com o caso em julgamento.

A investigação, nesse sentido, pretende examinar as fundamentações utilizadas nas decisões que individualizam a pena, a fim de identificar as fases da dosimetria da pena mais sujeitas à arbitrariedade do julgador, além de demonstrar as consequências decorrentes de eventuais arbítrios. Entende-se que essa reflexão se configura como de especial relevância, haja vista que, se o objetivo da pena é a punição de um crime tendo por base a dimensão da ofensa ao bem jurídico, ou da ameaça de ofensa, não é viável admitir disparidades relevantes entre casos semelhantes, especialmente considerando que a pena privativa de liberdade atinge o direito mais fundamental do ser humano: a liberdade.

## 2 DOSIMETRIA DA PENA: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Antes de adentrar nos estudos quanto ao método previsto na legislação brasileira para a aplicação da pena privativa de liberdade, cabe mencionar a concepção de pena trazida por Eugenio Raúl Zaffaroni. De acordo com o autor, a pena pode ser entendida como qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou de algum direito diante de uma situação em que não se faz suficiente a adoção dos meios de solução de conflitos existentes nos demais ramos do direito<sup>2</sup>.

Portanto, é possível compreender que a sanção aplicada deve surgir do direito de punir, que, nas palavras de Cesare Beccaria, seria fundado na “necessidade de defender o depósito da segurança pública da usurpação do particular”<sup>3</sup>. Nesses termos, a afetação dos interesses do todo se afigura como justificativa a autorizar a intervenção estatal nos direitos e nas liberdades do sujeito responsável por essa afetação, intervenção que deve ser racionalizada “em nome de garantir o indivíduo contra toda intervenção arbitrária”<sup>4</sup>. O Direito Penal, então, só se legitima como meio de solução de conflitos quando busca impedir ataques ou perigo de lesão a bens fundamentais<sup>5</sup>; e, por consequência, deve representar um limite máximo ao poder de punir, porquanto precisa se estruturar como uma garantia dos mais fracos em face dos mais fortes<sup>6</sup>.

Em relação às suas funções, não são poucas as teorias que buscam entendê-las. Porém, no sistema brasileiro, por meio das disposições trazidas no caput do art. 59 do Código Penal (CP), que menciona que a pena deve ser quantificada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, é possível identificar a adoção do sistema misto<sup>7</sup>. O sistema misto compreende que a pena possui um caráter retributivo, porque busca retribuir o mal causado pelo agente ao bem jurídico tutelado por meio da privação de direitos e bens

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 204.

<sup>3</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. rev., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

<sup>4</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 472.

<sup>6</sup> BICUDO, Tatiana V. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502616721. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616721/>. Acesso em: 16 jul., 2023, p. 186.

<sup>7</sup> ROSSETTO, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. ISBN 9788522492657. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 79-80.

fundamentais<sup>8</sup>; associado a um caráter preventivo geral, dado que busca impedir que o acusado venha a, novamente, infringir uma norma penal.

Para além das funções repressiva e preventiva geral, não se pode deixar de mencionar a função preventiva especial, que se caracteriza pela função ressocializadora e pode ser compreendida pela disposição contida no art. 1º da Lei de Execuções Penais (LEP)<sup>9</sup>. A partir do art. primeiro é possível defender que a execução, além de efetivar as disposições contidas na decisão criminal, também busca proporcionar condições favoráveis para a integração social do apenado<sup>10</sup>.

É à luz dessas funções que surge a dosimetria da pena para individualizar a sanção em face do delito cometido pelo indivíduo, sanção essa que poderá envolver penas “privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e multa”<sup>11</sup>. A pena privativa de liberdade, por seu turno, assume a posição de objeto central da presente investigação, uma vez que é ela que impõe restrições mais severas aos direitos fundamentais e enfrenta maiores obstáculos em sua individualização na prática penal.

É possível compreender que a aplicação da pena deve se caracterizar como uma atividade judicial redutora de danos, de modo que se deveria adotar como diretriz ser imune a pressupostos discriminatórios e moralizantes<sup>12</sup>. Logo, ao figurar como garantia do acusado, a aplicação da pena deve ser pautada pela individualização, o que significa dizer que precisa ser sempre fundamentada, não com a simples repetição daquilo que é positivado pelo texto legal ou por meio de referências a termos abstratos, mas com a indicação dos fatos que foram comprovados durante a instrução processual<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Pena Privativa de Liberdade** (Passado, Presente e Futuro). Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 11, n.º 44, 2008, p. 58-59.

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. Art. 1º. “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 23 jul., 2023.

<sup>10</sup> ROSSETTO, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. ISBN 9788522492657. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 81.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. ISBN 9788553615704. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615704/>. Acesso em: 30 jul., 2023, p. 140.

<sup>12</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 27 jul., 2023, p. 24.

<sup>13</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da Pena**. 5ª ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 12.

Para a concretização da individualização da pena privativa de liberdade, princípio identificado a partir do disposto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, utiliza-se no direito brasileiro, desde a Reforma Penal de 1984, o método trifásico, positivado no art. 68 do Código Penal<sup>14</sup>, que pode ser compreendido no seguinte sentido:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”, circunstâncias judiciais que, somadas aos princípios penais de garantia, devem ser observadas pela margem de discricionariedade do julgador.<sup>15</sup>

Desse modo, compõe-se a dosimetria da pena por três fases: na primeira delas, tem-se como objetivo fixar a pena-base, a qual deve ficar restrita entre o mínimo e o máximo previstos na pena abstrata para o tipo penal cominado; além disso, deverá ser fixada, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com base nos critérios de que trata o art. 59 do Código Penal. Especificamente no que diz respeito aos crimes dispostos na Lei de Drogas, deve-se atentar, também, à natureza e à quantidade da substância ou do produto entorpecente apreendido, conferindo preponderância destes, juntamente com as circunstâncias da personalidade e da conduta social, em relação aos vetores dispostos no Código Penal, conforme previsão do art. 42 da Lei n.º 11.343/06<sup>16</sup>.

Para a aferição do patamar de pena a ser aumentado diante da valoração das circunstâncias judiciais, defende-se a observância dos limites existentes entre o mínimo legal cominado ao tipo penal e o termo médio, que difere para cada crime. Para se chegar ao termo médio, deve-se “dividir por dois o resultado da soma do mínimo com o máximo abstratamente cominados no tipo correspondente”<sup>17</sup>. Para José Paganella Boschi, a observância a esse limite

<sup>14</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 68. “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18 jul., 2023.

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. em *E-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em:

[https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98829364%2Fv11.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=737e928a1af17d1716e301225fc8a108&eat=er\\_mark\\_1&pg=&psl=e&nvgS=true&tmp=573](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98829364%2Fv11.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=737e928a1af17d1716e301225fc8a108&eat=er_mark_1&pg=&psl=e&nvgS=true&tmp=573). Acesso em: 03 maio, 2023.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei n.º 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. Art. 42. “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 06 maio, 2023.

<sup>17</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 186.

quando do aumento da pena-base é de extrema importância ao passo que se configura como um mecanismo a evitar os excessos do *jus puniendi*<sup>18</sup>.

Na segunda fase, por sua vez, observando-se os limites legais mínimos e máximos cominados para o tipo, aplicam-se as atenuantes ou agravantes do crime, caso existentes. As agravantes se encontram dispostas no art. 61 do Código Penal de forma taxativa, o que se afigura benéfico em razão de delimitar a margem de atuação do julgador; deixou, contudo, o legislador de fixar parâmetros de aumento para cada hipótese. Para o escopo da pesquisa serão ressaltadas as agravantes comumente observadas no crime de tráfico de drogas, como a reincidência (art. 61, inciso III, do Código Penal) e a circunstância de ter sido o crime cometido durante calamidade ou desgraça particular (art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal), a qual passou a ser frequentemente aplicada desde o início da pandemia do coronavírus.

De outro lado, as circunstâncias atenuantes se encontram dispostas no art. 65 do Código Penal, sendo elas de incidência obrigatória, porquanto o próprio dispositivo legal prevê que “sempre atenuam a pena”. Não dispõe a lei, entretanto, sobre o patamar em que cada uma deverá incidir, ficando tal aspecto no âmbito da discricionariedade do magistrado, dentro do critério jurisprudencial que estabelece como teto um sexto da pena-base, a fim de preservar a hierarquia conferida às majorantes e minorantes<sup>19</sup>.

No concurso de agravantes e atenuantes, o julgador deve observar a preponderância das circunstâncias de “natureza objetiva, que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência” (art. 67, caput, Código Penal). As atenuantes que incidem com maior frequência no delito de tráfico de entorpecentes são a etária, que prevê a circunstância de ser o agente menor de vinte e um anos na data do fato ou maior de setenta ao tempo da sentença (art. 65, inciso I, do Código Penal); e a confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal).

Na última fase dosimétrica, serão sopesadas as majorantes e minorantes, as quais possuem patamares de aumento ou de redução previstos de forma expressa, positivados tanto na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal, como também na legislação extravagante; além disso, a incidência destas poderá resultar em patamares que ultrapassem os limites legais (mínimos e máximos) abstratamente previstos para o crime. No que diz respeito especificamente à Lei de Drogas, há a previsão de causas de aumento de pena nos incisos do

---

<sup>18</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 187.

<sup>19</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241.



art. 40; bem como de causas de redução no art. 33, § 4º, e no art. 41, podendo a pena, em ambas as hipóteses, ser reduzida entre um e dois terços.

Para além dos aspectos legislativos mencionados, que deverão ter sua incidência sempre devidamente fundamentada, também é tarefa do julgador se atentar aos princípios que regem a aplicação da pena. Com efeito, conforme defendido por José Antônio Paganella Boschi, a quantificação da pena, em todas as fases do processo dosimétrico, deve:

[...] refletir a técnica adotada no julgamento, no sentido do respeito ao conjunto de princípios e regras conhecidas de todos os operadores do direito, única forma capaz de assegurar aos interessados a fiscalização e o controle que poderá ser realizado pela via do recurso<sup>20</sup>.

Por conseguinte, para averiguar a mencionada técnica a ser adotada quando da individualização da pena, passar-se-á ao primeiro capítulo que analisará a legislação e os entendimentos pertinentes à aplicação da pena, além dos princípios que regem essa importante tarefa que foi conferida, essencialmente, aos magistrados.

## 2.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL

Para fins de aplicação da pena, é de extrema importância, além da observância das regras legais pertinentes, a observância de determinados princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento<sup>21</sup>, os quais devem assegurar os direitos do acusado e impor limites ao poder punitivo. Dentre os princípios mais essenciais que regem a aplicação da pena, comumente citados pela doutrina e pela jurisprudência, entende-se por pertinente mencionar para esta pesquisa: o princípio da individualização da pena; o princípio da igualdade perante a lei; o princípio da proporcionalidade; e o princípio do *ne bis in idem*.

O princípio da individualização da pena possui previsão legal no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, o qual prevê que cabe à lei regular a sua individualização<sup>22</sup>. Essa individualização, por sua vez, ocorre em três fases distintas: por primeiro, tem-se a cominação dos limites mínimos e máximos para determinada conduta ilícita a ser determinado pelo

<sup>20</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

<sup>21</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**, in: Revista Cej. Brasília, 01 jan., 1999, p. 5-8 il. vol. 3, n.º 7 (abr. 1999), p. 7.

<sup>22</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Art. 5º, inciso XLVI. “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]” Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun., 2023.

legislador com fundamento da gravidade abstrata do crime; posteriormente, compete ao Judiciário, apreciando o caso concreto e a culpabilidade do autor, aplicar a pena, observando os limites abstratamente estabelecidos pelo legislador<sup>23</sup>; por fim, com o trânsito em julgado da condenação, tem-se a execução da pena, em que caberá ao juízo da execução e ao Ministério Público a análise quanto às possibilidades de progressão de regime, observando, de igual forma, a legislação pertinente.

Para o presente estudo, importa a individualização da pena a ser realizada na fase judicial, fixada pelo juiz competente quando da prolação da sentença e, por diversas vezes, reformada em sede recursal. Durante a individualização judicial da sanção, cabe ao julgador considerar as particularidades do caso e a culpabilidade do autor individualmente considerado, de modo que a responsabilização pelo fato não seja mais prejudicial do que o nível do dano causado<sup>24</sup>.

Ao realizar a individualização, não é possível, portanto, que seja o julgador pautado por subjetividades, especialmente considerando que a legislação penal (sobretudo na figura do art. 59, CP) delimita critérios para exasperar a pena-base que, em si, não apresentam a objetividade necessária. Por decorrência disso, emoções e impressões pessoais do juízo acabam sendo utilizados como fundamentos idôneos para o acréscimo da sanção privativa de liberdade, o que aproxima o juízo de uma postura inquisitiva<sup>25</sup> que não se esperaria quando da individualização.

Adotando-se como pressuposto um maior grau de objetividade quando da individualização da pena-base, ainda que o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça seja no sentido da não adoção de um método aritmético puro, há julgados da Corte que reconhecem como critério jurisprudencial a fração de um oitavo em relação ao intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal<sup>26</sup>. De acordo com esse entendimento, seria adequada a adoção da fração referida para nortear os aumentos realizados na pena-base, de modo que exasperação diversa deve ser devidamente fundamentada,

---

<sup>23</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 149.

<sup>24</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153.

<sup>25</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 03 jul., 2023, p. 68.

<sup>26</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n.º 1.617.439/PR**. Agravante: M.L.F. Agravado: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornick. Brasília, 22 set., 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201903339653](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201903339653). Acesso em: 26 ago., 2023.

especialmente considerando que existem oito circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal.

Por conseguinte, a individualização da pena pressupõe a sua fundamentação como condição de validade, isso porque é a fundamentação que permite um juízo de avaliação sobre a observância das circunstâncias pessoais do acusado e do crime por ele praticado por parte do magistrado, que deve tornar claro os elementos da sua convicção. Inequívoco, portanto, que é por meio dessa fundamentação que se faz possível constatar eventuais arbitrariedades levadas a efeito pelo julgador, mesmo porque “a defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva”<sup>27</sup>.

De outro turno, o princípio da igualdade traz como pressuposto a máxima de que casos iguais devem ser tratados de forma semelhante. No âmbito da aplicação da pena, vê-se, frequentemente, violações a esse pressuposto. Ainda que se esteja diante de casos de semelhante gravidade, praticados mediante contextos fáticos similares, a pena privativa de liberdade fixada, infelizmente, acaba sofrendo variações expressivas a depender do julgador designado como competente para atuar na ação, conforme se buscará demonstrar na pesquisa empírica realizada.

A igualdade se encontra constitucionalmente assegurada por meio do próprio caput do art. 5º da Constituição Federal, a partir do qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”<sup>28</sup>. Em decorrência desse pressuposto, entende-se que só poderá ser concedido tratamento desigual nas hipóteses em que as circunstâncias do autor, ou do fato, devidamente justificadas, assim permitam. Por decorrência lógica, não é possível que penas relevantemente distintas sejam aplicadas a casos de semelhante gravidade.

Outrossim, a observância ao princípio da proporcionalidade busca alcançar uma correspondência entre a conduta praticada, ou seja, entre a violação do bem jurídico tutelado e a pena privativa de liberdade incidente. Com efeito, a doutrinadora Carmen Silva Barros defende que a adequada observância do princípio da proporcionalidade “implica a necessidade de adotar-se alguma forma de adequação entre pena e fato desde a cominação penal, permitindo a graduação da pena em razão do fato praticado”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Cálculo da Pena e o Dever de Motivar**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim, v. 6, 1994, p. 165.

<sup>28</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Art. 5º, inciso XV. Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun., 2023.

<sup>29</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos

O próprio art. 59 do Código Penal ao estabelecer as circunstâncias que devem ser observadas quando da fixação da pena, menciona que esta deverá ser estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, traduzindo-se em uma verdadeira necessidade de se aplicar uma sanção proporcional e, por conseguinte, não excessiva. Outrossim, não se pode afirmar que uma pena mais alta seria proporcional em decorrência de reprovar, de forma supostamente mais eficaz, o crime praticado, pois esse raciocínio importaria em reconhecer a pena como um mecanismo de retribuição moral ou retaliação estatal<sup>30</sup>.

A proporcionalidade, nesses termos, deve buscar uma correspondência entre o injusto praticado e a punição incidente, sempre em conformidade com a reserva legal, nos termos do defendido por Francisco de Assis Toledo:

O juiz penal, mais do que outros, está adstrito ao princípio da reserva legal. Trabalha dentro dos espaços que lhe são traçados pela lei. Não é o herói vingador da Justiça, de filmes policiais americanos, que, para aplicar o seu talião aos infratores, segue os próprios instintos, rompendo as regras e as normas legais existentes.<sup>31</sup>

Por fim, não se pode deixar de mencionar o princípio do *ne bis in idem*, que pressupõe que ninguém poderá ser punido mais de uma vez em razão dos mesmos fatos. Nesses termos, defende o Superior Tribunal de Justiça que esse princípio se constitui como um limite ao Estado, pois busca evitar a valoração, por mais de uma vez, do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico<sup>32</sup>.

O princípio referido possui dupla função, a primeira delas busca garantir que o legislador observe as garantias constitucionais quando da formulação de uma norma incriminadora, não podendo incriminar mais de uma vez idêntica conduta; por outro lado, a segunda função tem como pressuposto impedir que o julgador utilize o mesmo fundamento em mais de uma oportunidade, de modo a ocasionar a dupla punição do acusado durante a

---

Tribunais, 2001, p. 113.

<sup>30</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 03 jul., 2023, p. 104.

<sup>31</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. *in*: Revista Cej. Brasília, 01 jan., 1999, p. 5-8 il. vol. 3, n.º 7 (abr. 1999), p. 7.

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial n.º 1852049/RN**. Recorrente: Ministério Público do Estado. Recorrido: M.L.G.S. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 20 out., 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201903103091](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201903103091). Acesso em: 13 jul., 2023.

ponderação da sanção<sup>33</sup>. Ou seja, a vedação à dupla punição não se restringe ao campo judicial, fazendo-se necessário também que as próprias normas não incidam em dupla valoração dos mesmos fatos e, por consequência, violem garantias fundamentais do acusado.

Ainda que o *ne bis in idem* se configure como um fundamento basilar do direito penal, não são raras as vezes em que são consideradas a título de reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena, idêntica condenação a que foi sopesada como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria. Em relação ao tráfico de drogas, com frequência se observa a utilização da quantidade e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas como forma de exasperar a pena-base e como critério a inviabilizar a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, prática que, em sede de Repercussão Geral, já entendeu o STF que violaria a vedação da não punição duas vezes pelo mesmo fundamento<sup>34</sup>.

Conclui-se, por conseguinte, que a observância dos princípios elencados, ao trazerem critérios limitadores para a aplicação da pena, oferecem maior segurança para garantir direitos dos apenados e reduzem a intervenção estatal arbitrária, resultando na minimização dos danos causados pela repressão e pela seletividade estrutural do sistema penal<sup>35</sup>.

## 2.2 PRIMEIRA FASE: A APLICAÇÃO DA PENA-BASE

Para a aplicação da pena-base, deve-se considerar as circunstâncias judiciais de que trata o art. 59, caput, do Código Penal, que, são, “em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal”<sup>36</sup>. O dispositivo legal faz menção à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Para além dos parâmetros mencionados, a Lei de Drogas traz, no

<sup>33</sup> AFLEN, Pablo Rodrigo da Silva. **Inconstitucionalidade do artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao *Ne bis in idem* e violação à proibição de excesso**. Direito Público. Porto Alegre, ano 5º, n.º 24, p. 51-61, nov./dez., 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/645>. Acesso em: 17 jul., 2023, p. 53-54.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 666.334**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 abr., 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5787604>. Acesso em: 09 jul., 2023.

<sup>35</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 03 jul., 2023, p. 57.

<sup>36</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. em *E-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98829364%2Fv11.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=737e928a1af17d1716e301225fc8a108&eat=er\\_mark\\_1&pg=&psl=e&nvgS=true&tmp=573](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98829364%2Fv11.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=737e928a1af17d1716e301225fc8a108&eat=er_mark_1&pg=&psl=e&nvgS=true&tmp=573). Acesso em: 03 maio, 2023.

seu art. 42, circunstâncias judiciais que ostentam preponderância às dispostas no Código Penal, dentre elas a natureza e a quantidade da substância ou do produto, e também a personalidade e a conduta social do agente.

Em decorrência de não ter o legislador delimitado os patamares a serem aumentados em cada um dos fatores, somado à circunstância de que não há previsão expressa sobre quais aspectos concretos poderiam ser sopesados em cada uma das circunstâncias, a pena-base pode ser caracterizada como uma fase dosimétrica que permite amplo espaço ao exercício da discricionariedade pelo julgador, resultando, em algumas situações, em arbitrariedades.

Nesse passo, analisar-se-á cada uma das circunstâncias aptas a alterar a pena-base.

### **2.2.1 As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal**

O art. 59 do Código Penal elenca as circunstâncias que devem orientar a quantificação da pena-base de modo que seja esta “necessária e suficiente” à reprovação e prevenção do crime. O caput do art. dispõe que deve o julgador observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima<sup>37</sup>.

De início, em relação à culpabilidade, importa ressaltar que a culpabilidade como fundamento para exasperar a pena-base não se confunde com a culpabilidade típica, que se constitui como elementar do crime, porquanto, ao passo em que essa tem o objetivo de constar os elementos que fundamentam a reprovabilidade do denunciado, aquela busca estabelecer os critérios para aferição da gravidade da reprovação da conduta<sup>38</sup>.

Assim, configura-se a culpabilidade como um fator que viabiliza a análise quanto ao nível de reprovação do comportamento levado a efeito pelo agente. É bem verdade que não servem como fundamento para amparar esse quesito circunstâncias que já foram consideradas quando da própria imputação do crime, de forma que não se pode dizer que a culpabilidade poderia ser valorada negativamente ao se estar diante de um agente que possui a consciência da ilicitude de seus atos, uma vez que isso se traduz na própria imputabilidade do acusado, pois, caso assim não o tivesse, seria ele isento de pena ou, ao menos, destinatário de uma pena mais branda.

---

<sup>37</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 59. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 jul., 2023.

<sup>38</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral. Tradução do espanhol da 2ª ed. Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 151.

Ainda nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 2.120.306/RN, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, reiterou posicionamento no sentido de que, para sopesar a culpabilidade, não seria suficiente a mera referência a elementos vagos sem ligações ao caso dos autos, registrando o seguinte:

A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do acusado. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.<sup>39</sup>

Há autores, como Guilherme de Souza Nucci, que sustentam que, em alguma medida, a culpabilidade “é o conjunto de todos os demais fatores unidos”<sup>40</sup>, o que parece encontrar correspondência com a realidade ao passo que esse aspecto acaba analisando, por um panorama geral, o modo como agiu o denunciado ao tempo em que praticou o crime. Em vista disso, a culpabilidade busca indicar o nível de reprovabilidade da conduta do agente.

Os antecedentes, de sua vez, dizem respeito ao histórico criminal do denunciado, que pode, ou não, existir. Para fins de consideração desse histórico, entende-se, de forma consolidada atualmente, que seria necessária a existência de condenações transitadas em julgado, podendo ser consideradas, inclusive, aquelas condenações em que o cumprimento ou a extinção da pena se deu há mais de cinco anos, que não serviriam para indicar a reincidência, portanto.

Quanto à possibilidade de se utilizar condenações que não são mais aptas para indicar a reincidência, o Supremo Tribunal Federal, no Tema 150 de Repercussão Geral, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional da reincidência não deve ser estendido aos maus antecedentes, pois o instituto dos maus antecedentes não é utilizado para a formação da culpa, mas para subsidiar a dosimetria da pena quando já houve a condenação<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 2.120.306/RN**. Agravante: A.L.D.A. Agravado: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 21 jun., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202201339030](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202201339030). Acesso em: 19 maio, 2023.

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 160.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n.º 593818**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 18 ago., 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160>. Acesso em: 27 jul., 2023.

Não obstante ainda se encontre quem julgue de maneira diversa, as Cortes Superiores já pacificaram posição no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não são aptas a negatizar os antecedentes na aplicação da pena-base. Tanto é assim que, ainda em maio de 2010, o Superior Tribunal de Justiça firmou a Súmula 444, que ratifica que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”<sup>42</sup>.

Esse necessário posicionamento reflete o princípio constitucional da presunção de inocência, que deve ser assegurado na análise dos antecedentes criminais e nas demais circunstâncias da pena-base, especialmente porque, caso essas circunstâncias fossem consideradas negativas em prejuízo do acusado, estar-se-ia autorizando a exasperação da pena privativa de liberdade em decorrência de imputação que nem sequer foi submetida ao devido processo legal e ao contraditório.

Por outro lado, não se pode deixar de fazer uma crítica à consideração dos antecedentes como elemento apto a exasperar a pena aplicada, uma vez que, conforme defende Rodrigo Duque Estrada:

[...] o viés reducionista enfrenta os antecedentes criminais como elementos de rotulação e distinção do criminoso com os demais seres humanos, legitimantes da adoção por parte do sistema penal de uma maniqueísta divisão entre “bons” e “maus”, em confronto com o princípio da igualdade.<sup>43</sup>

Certo é que a consideração das circunstâncias acaba por ocasionar uma segregação daqueles que ostentam um histórico criminal prévio, os quais, em verdade, já receberam uma sanção e já foram punidos pelos crimes anteriores. Por conseguinte, é de extrema relevância questionar a legitimidade de se punir, mais uma vez, um delito já devidamente processado, sentenciado e punido.

Manifesto, outrossim, que, na hipótese em que há apenas uma condenação criminal anterior transitada em julgado em face do denunciado, não poderá ela ser valorada ao mesmo tempo a título de antecedentes e de reincidência, porquanto se estaria punindo o indivíduo duas vezes tendo por base um único fundamento. À vista disso, buscando observar o princípio do *ne*

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 444**. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Brasília, 28 abr., 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=444&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P>. Acesso em: 09 jul., 2023.

<sup>43</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 12 jul., 2023, p. 145.



*bis in idem* e considerando que a fase que prevalece é aquela que se encontra mais próxima da última, dever-se-ia aplicar somente a agravante de que trata o art. 61, inciso I, do Código Penal.

A terceira circunstância prevista no art. 59 do Código Penal, a conduta social, busca analisar a conduta do agente perante a sociedade. A valoração deve ocorrer, porém, ‘em relação à sociedade na qual o acusado esteja integrado, e não em relação à sociedade formal dos homens tidos “de bem”’<sup>44</sup>, de forma que não cabe ao julgador ser influenciado a conceber uma determinação prévia negativa em relação a determinados estigmas e espaços sociais.

A conduta social, por diversas vezes, é valorada a partir dos depoimentos prestados pelas testemunhas abonatórias e desabonatórias que vêm a juízo trazer informações sobre o comportamento e sobre a conduta adotada pelo acusado como membro da sociedade (vizinho, marido, pai, trabalhador). De regra, as testemunhas abonatórias são trazidas pela defesa, com o que a conduta social costuma ser valorada positivamente em relação ao réu; porém, ainda que avaliadas positivamente sem qualquer avaliação negativa de outras circunstâncias, não possuem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal.

Nessa linha, importa mencionar a acertada crítica trazida pela professora Vanessa Chiari Gonçalves, que concebe que a conduta social só se justificaria ao se estar diante de um direito penal do autor, conforme exposto abaixo:

[...] um elemento que já deveria ter sido afastado do art. 59 do CP por dizer respeito a um direito penal do autor e não a um direito penal do fato. Não importa o que as pessoas da convivência social do acusado (testemunhas abonatórias ou desabonatórias) e, muito menos, a sociedade em geral pensam sobre ele.<sup>45</sup>

Além disso, cabe ressaltar que o referido critério não se confunde com os antecedentes criminais já mencionados. Por essa razão, defende o STJ que não cabe considerar o histórico criminal do agente a título de circunstâncias sociais<sup>46</sup>.

De forma distinta, a circunstância da personalidade do agente abrange manifestações genéticas e também os traços emocionais e comportamentais, sejam herdados ou continuamente

<sup>44</sup> GALVÃO, Fernando. **A Culpabilidade como Fundamento da Responsabilidade Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 707, 1994, p. 147.

<sup>45</sup> GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Sobre a Dosimetria da Pena Privativa de Liberdade** (p. 459-463). In Proner, Carol; Cittadino, Gisele; Ricobom, Gisele; e Dornelles, João Ricardo (Orgs.). **Comentários a uma Sentença Anunciada: O processo Lula - 1ª ed.** Bauru, São Paulo: Canal 6, 2017, p. 460.

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial n.º 1.794.854/DF**. Recorrente: J.S.M. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 23 jun., 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201900355571](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900355571). Acesso em: 12 jul., 2023.

adquiridos<sup>47</sup>. A partir dessa definição, contudo, surge a inquietação sobre a forma como poderia o magistrado, com as escassas informações disponíveis nos autos de um processo e sem, em regra, formação na área, aferir a qualificação da personalidade de um indivíduo.

Diante desses parâmetros, foi-se chegando à conclusão de que, em um Estado Democrático de Direito, é necessário que qualquer sanção penal imposta ao indivíduo seja baseada em um juízo de certeza, o qual se mostra impossível de ser alcançado nessas hipóteses por inexistirem meios jurídicos para uma avaliação adequada desse fator<sup>48</sup>. Com efeito, durante a individualização da pena, com frequência os julgadores avaliam a personalidade como neutra, diante da inexistência de elementos nos autos para viabilizar sua análise, o que parece o caminho mais acertado enquanto a legislação não é alterada.

Da mesma forma que ocorre com a conduta social, o Tema 1.077, dos Recursos Repetitivos do STJ, sedimentou o entendimento de que condenações pretéritas não podem servir de justificativa a exasperar o quesito da personalidade, uma vez que servem na fase inaugural, tão somente, para sopesar os antecedentes<sup>49</sup>.

Os motivos do delito buscam, por seu turno, exprimir a motivação que guiou o agente a adotar a conduta criminosa em julgamento. Ou seja, a partir da concepção de José Paganella Boschi, “aquele que comete o delito sob os influxos de sentimento altruísta [...] há de sofrer menor grau de censura em relação àquele que comete um crime por motivo relacionado à vingança, à libidinagem ou ao jogo”<sup>50</sup>, porque se busca avaliar a causa que motivou o agente à prática do delito.

As motivações que se mostram especialmente relevantes, entretanto, com frequência são positivadas ora como qualificadoras, ora como agravantes e atenuantes, ou, ainda, como causas de aumento ou de redução de pena. Estando dispostas em algumas dessas, não poderá a motivação ser avaliada na primeira fase do processo dosimétrico, excetuadas hipóteses específicas, como nos casos em que o acusado não foi denunciado com a incidência de qualquer das causas de alteração de pena, mas o julgador entende que se encontra presente a circunstância

---

<sup>47</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

<sup>48</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 12 jul., 2023, p. 159.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial n.º 1.794.854/DF**. Recorrente: J.S.M. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 23 jun., 2021. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201900355571](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900355571). Acesso em: 12 jul., 2023.

<sup>50</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 177.

relevante que merece ser considerada na pena-base, ou nos casos em que denunciado por um crime com a incidência de mais de uma majorante, por exemplo.

Especificamente em relação ao tráfico de drogas, por diversas vezes, os motivos são equivocadamente sopesados de forma negativa ao argumento de que o acusado estava buscando o lucro fácil. Ora, a busca pelo lucro de forma eficaz, evidentemente, constitui a motivação natural dos crimes desta espécie<sup>51</sup>, de forma que motivações diversas destas que fogem daquilo que é considerado inerente à traficância e poderiam, eventualmente, serem consideradas para valorar a pena-base.

O vetor atinente às circunstâncias, refere-se, exclusivamente, ao fato, que dizem respeito ao crime, mas não constam no tipo penal. De acordo com as lições de Guilherme Nucci, devem ser diferenciadas das circunstâncias legais da seguinte forma:

Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de legais (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais.<sup>52</sup>

As circunstâncias judiciais, quando utilizadas para exasperar a pena-base, exigem fundamentação específica e amparada na realidade dos fatos, não podendo ser realizada de forma genérica, como frequentemente é observado na jurisprudência.

Em relação ao tráfico, a quantidade e a especial nocividade das substâncias apreendidas são frequentemente valoradas nas circunstâncias, de modo que a previsão específica contida no art. 42 da Lei n.º 11.343/06 acaba por se mesclar com esse critério. Deve-se mencionar, contudo, que o art. dispõe que a natureza e a quantidade de droga apreendida possuem prevalência sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, figurando-se como preponderantes para a quantificação da pena-base.

De forma diversa, as consequências do crime buscam aferir se os resultados provenientes da conduta ilícita praticada fogem das consequências que já são esperadas para aquele crime, ou seja, mostram-se especialmente gravosas. Nesse sentido, as consequências do crime aferíveis na pena-base devem ser aquelas situadas para além da tipicidade, não se confundindo, entretanto, com as causas de alteração de pena legalmente previstas (agravantes,

---

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus* n.º 216.776/TO. Impetrante: R.M.A. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 14 maio, 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201102014553](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201102014553). Acesso em: 21 jul., 2023.

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

atenuantes, majorantes ou minorantes)<sup>53</sup> caso tenha sido o acusado denunciado com a incidência dessas.

Especialmente em relação ao tráfico de drogas, não são raras as situações em que as consequências são aferidas negativamente ao argumento de que as consequências da traficância seriam nefastas, tanto ao indivíduo como à sociedade. Porém, a consequência mencionada é inerente à prática do crime em questão, não possuindo ligação com o contexto fático-probatório de um caso isolado, e, por tal razão, já foi considerada pelo legislador quando da fixação das penas mínimas e máximas do crime, não podendo ser novamente sopesada sob pena de violação do *ne bis in idem*.

Em relação ao comportamento da vítima, entende-se que seria a conduta adotada por parte do ofendido de modo a facilitar a incursão criminosa, nas palavras de Cleber Masson, é uma “circunstância judicial ligada à vitimologia, isto é, ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal”<sup>54</sup>. Essa circunstância não possui relevância no crime de tráfico de drogas, dado que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, podendo-se sustentar que atinge a sociedade como um todo, mas não especificamente um indivíduo determinado, como ocorre nos delitos contra a vida, por exemplo.

Conforme se infere, a exasperação de determinada circunstância na pena-base deve ponderar determinados critérios, os quais, caso não observados, resultam em penas arbitrárias em que não se tem uma fundamentação idônea a justificar a exasperação. Não há dúvidas de que a aferição desses critérios passa pela subjetividade dos magistrados, portanto, entende-se que apenas a fundamentação de cada um dos aumentos e reduções levados a efeito poderá permitir um controle da discricionariedade judicial.

O *quantum* de pena a ser aumentado em decorrência de cada uma das circunstâncias mencionadas, adotando-se um critério matemático e considerando-se que existem oito circunstâncias, poderia, no máximo, ser avaliada na quantidade correspondente a um oitavo da diferença entre o limite mínimo previsto no tipo legal e o termo médio<sup>55</sup>. No tráfico de drogas, a jurisprudência majoritária defende que o aumento por cada uma das circunstâncias deverá ser, como regra, de dez meses, o que corresponde a um sexto da pena mínima de cinco anos.

---

<sup>53</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 179.

<sup>54</sup> MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 337.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Sobre a Dosimetria da Pena Privativa de Liberdade** (p. 459-463). In Proner, Carol; Cittadino, Gisele; Ricobom, Gisele; e Dornelles, João Ricardo (Orgs.). **Comentários a uma Sentença Anunciada: O processo Lula**. 1ª ed. São Paulo: Canal 6, 2017, p. 462.

Contudo, não se pode perder de vista que a aplicação de uma pena não pode ser vista como uma tarefa exclusivamente matemática, pois isso eliminaria as diversidades entre os denunciados, seres humanos que partem e se encontram em diferentes condições pessoais, e violaria o princípio constitucional da individualização da pena<sup>56</sup>. Assim, o critério matemático é importante para delimitar um parâmetro-limite de aumento a ser conferido para cada uma das circunstâncias, não sendo abusiva a consideração de patamar diverso ao se estar diante de caso concreto excepcional que o justifique.

Não se pode deixar de mencionar, ainda que sucintamente, que, em decorrência da fixação de uma pena mínima no tipo penal, e em razão da posição consolidada de que a pena não poderá ser fixada abaixo do mínimo legal nas duas primeiras fases do processo dosimétrico, tem-se uma questão problemática na fixação da pena-base. A situação se traduz no fato de que as circunstâncias judiciais têm atuado apenas de modo a neutralizar as circunstâncias negativas<sup>57</sup>, não sendo a pena-base efetivamente reduzida quando se está diante de, exclusivamente, circunstâncias favoráveis ao acusado.

A situação seria diversa, entretanto, caso fosse observada uma perspectiva redutora do direito penal, em que, nas palavras de Rodrigo Roig, “o mínimo legal cominado não traduziria um limite inferior, mas tão-somente o marco inicial (ponto de partida) do processo de determinação da medida da pena privativa de liberdade”<sup>58</sup>. Parece acertado, à vista disso, que a supressão da pena mínima seria um mecanismo útil à resolução da problemática, pois permitiria que a pena fosse efetivamente individualizada ao caso concreto, considerando-se as circunstâncias que se mostram favoráveis ao acusado tanto na primeira, como na segunda fase da dosimetria, haja vista que, atualmente, servem apenas para reduzir a sanção ao patamar mínimo abstratamente previsto pelo legislador.

### **2.2.2 As circunstâncias judiciais preponderantes previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/06**

Em se tratando dos crimes definidos nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, ao dosar a pena-base, deve o magistrado conferir maior relevância à natureza e à quantidade da substância ou

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 175.

<sup>57</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 12 jul., 2023, p. 134.

<sup>58</sup> ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 12 jul., 2023, p. 134.

do produto, à personalidade do agente e à sua conduta social<sup>59</sup>, nos termos do que prevê o art. 42 da legislação referida. Quanto a esses aspectos, pode-se compreender, principalmente no que se refere à natureza e à quantidade da droga, que “o legislador teve a intenção de individualizar a conduta imputada ao agente de acordo com o delito efetivamente cometido, a ser observado, de acordo com o caso concreto, pelo julgador”<sup>60</sup>.

Na concepção de Paulo Rangel e de Carlos Bacila, o artigo referido busca criar um critério de hierarquia para o estabelecimento da pena-base, ao afirmar que serão preponderantes: a natureza (a heroína e o crack, por exemplo) e a quantidade (dez quilos de haxixe tornam o fato mais grave do que poucos gramas do mesmo produto) da substância ou do produto<sup>61</sup>. Essas considerações se mostram de extrema importância para individualizar a pena proporcionalmente ao crime cometido, principalmente para que os casos que afetam o bem jurídico tutelado de forma pouco expressiva não sejam equiparados àqueles que se apresentam como de relevante impacto social em relação à saúde pública.

Não obstante alguns julgadores entendam de forma diversa, a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas devem ser avaliadas de modo conjunto, ou seja, devem ser consideradas como uma única circunstância. Por isso, não pode a pena-base ser exasperada duas vezes utilizando-se como argumentação a quantidade e também a natureza dos entorpecentes.

Por outro lado, essas circunstâncias podem tanto ser consideradas para agravar a pena na fase inaugural do processo dosimétrico, como também na terceira fase, no momento da escolha do patamar de redução da sanção em decorrência da possível incidência da minorante prevista no § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral<sup>62</sup>.

É difícil compreender, por outro lado, a razão pela qual entendeu por bem o legislador conferir preponderância à personalidade do agente. Isso porque, dentre os critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, o da personalidade é o de maior dificuldade de aferição, pois “Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador

---

<sup>59</sup> JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas anotada**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233.

<sup>60</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010, p. 338.

<sup>61</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos R. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*. ISBN 9788597000801. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000801/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 139.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 666.334**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 abr., 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5787604>. Acesso em: 09 jul., 2023.

um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez”<sup>63</sup>.

Muito em decorrência dessa dificuldade, o STJ possui jurisprudência pacífica no sentido de que a personalidade do agente não poderá ser valorada de forma negativa na hipótese em que não estejam disponíveis elementos nos autos para sua aferição<sup>64</sup>, ausência que, na prática, ocorre em grande parte dos casos.

A conduta social, à qual também foi conferida preponderância, de igual modo merece crítica, nos termos em que já mencionado. Essa circunstância, em verdade, não passa de uma análise feita pelo julgador a partir dos relatos trazidos pelas testemunhas que não presenciaram os fatos imputados como crime, que vêm ao processo atestar a conduta do denunciado perante a sociedade, fazendo com que a opinião de terceiros influencie na pena a ser fixada, não encontrando a sua preponderância justificativa plausível.

### 2.3 SEGUNDA FASE: A APLICAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA

Na segunda fase da dosimetria da pena, ou seja, durante a fixação da pena provisória, deverá o julgador levar em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes previamente positivadas pelo legislador. De forma similar ao que ocorre com as circunstâncias judiciais consideradas na primeira fase, as agravantes e atenuantes também não possuem um critério previamente definido de aumento ou de redução da sanção, cabendo ao julgador observar aos princípios que regem a aplicação da pena e aos entendimentos das Cortes Superiores para sopesar o *quantum* devido.

Tanto as agravantes como as atenuantes são legais, ou seja, necessitam de previsão legislativa, como ocorre na parte geral do Código Penal, mais especificamente nos arts. 61 a 65. Tem-se como exceção à legalidade a atenuante inominada, que possibilita a diminuição da pena em decorrência de circunstância relevante, seja posterior ou anterior ao crime, nos termos do que dispõe o art. 66 do diploma legal mencionado<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. 1ª ed., vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 401.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus n.º 279.605/AM**. Impetrante: S.M.F. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 09 jun., 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201303452315](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303452315). Acesso em: 03 ago., 2023.

<sup>65</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 198.

Entretanto, ainda que estejam presentes circunstâncias atenuantes, a incidência dessas não poderá conduzir à redução da pena aquém do mínimo legal, conforme entendimento consolidado pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça<sup>66</sup>. Importa ressaltar que a incidência da referida súmula tem sido objeto de importante discussão, tendo sido pauta de uma audiência pública realizada no dia 17 de maio de 2023, convocada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz<sup>67</sup>, porquanto a sua incidência pode vir a inviabilizar a consideração de uma atenuante que seria de aplicação obrigatória. Não obstante isso, a súmula segue em discussão e, enquanto isso, vigente.

Além disso, as circunstâncias aqui analisadas não são consideradas hierarquicamente idênticas, isso porque prevê o Código Penal, no art. 67, que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deverá ser aproximada do limite indicado pelas circunstâncias consideradas preponderantes, ou seja, as que resultam dos motivos determinantes do delito, da personalidade do acusado e da reincidência<sup>68</sup>.

Mesmo não sendo hierarquicamente idênticas, com o propósito de evitar arbitrariedades e a incidência de frações de aumento aleatórias, o STJ definiu que o aumento ou a diminuição da pena para cada causa de alteração da segunda fase do processo dosimétrico deverá equivaler a um sexto da pena-base cominada ao crime<sup>69</sup>. Nos termos do posicionamento, a adoção de fração superior à mencionada exige fundamentação específica que a justifique.

Parte-se, então, para uma breve análise quanto às atenuantes e às agravantes previstas no Código Penal que possuem maior relevância em relação ao crime de tráfico de drogas.

### 2.3.1 Agravantes

#### 2.3.1.1 Reincidência

---

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 231**. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Brasília, 15 out., 1999. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf). Acesso em: 21 jun., 2023.

<sup>67</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Audiência pública reúne entidades para debater súmula que impede penas abaixo do mínimo legal**. Brasília, 17 maio, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17052023-Audiencia-publica-reune-entidades-para-debater-sumula-que-impede-penas-abaixo-do-minimo-legal.aspx>. Acesso em: 01 jul., 2023.

<sup>68</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 67. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 jun., 2022.

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.950.370/RN**. Agravante: J.A.C.P. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, 30 maio, 2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202102278984](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102278984). Acesso em: 15 jul., 2023.



O próprio Código Penal, em seu art. 63, conceitua que a reincidência será verificada quando o agente incide na prática de um novo crime após o trânsito em julgado de uma decisão que, no Brasil ou em país estrangeiro, o tenha condenado por crime pretérito<sup>70</sup>. Os incisos do artigo seguinte, por seu turno, preveem que não configurará reincidência se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a prática da nova infração tenha decorrido período superior a cinco anos; além disso, não serão considerados para a reincidência crimes militares próprios e políticos<sup>71</sup>.

Nesses termos, poderá ser sopesada a agravante de reincidência na hipótese em que, antes da prática do crime em julgamento, tenha sido o agente condenado por crime anterior, mediante sentença transitada em julgado, sem que tenha ocorrido a extinção ou o cumprimento da pena há mais de cinco anos.

A reincidência só passou a ser entendida como uma causa de agravamento de pena a partir da metade do século XVIII, momento em que começou a enfrentar resistência daqueles que entendiam que a pena deveria ostentar função exclusivamente retributiva, devendo, portanto, ser proporcional ao crime, pouco importando o passado do agente<sup>72</sup>. Ainda nos dias de hoje, a aplicação da reincidência como causa de aumento de pena não é percebida de forma unânime pela doutrina, dado que se questiona se não se estaria punindo duas vezes o agente em decorrência de um mesmo fato. Não obstante se entenda a pertinência dessas críticas, o STF já se manifestou no sentido da constitucionalidade da agravante<sup>73</sup>.

Uma vez considerada determinada condenação pretérita a título de reincidência, não poderá ser ela, ao mesmo tempo, sopesada nas circunstâncias judiciais da fase inaugural da dosimetria, sob pena de flagrante violação ao *ne bis in idem*. Esse entendimento se encontra sedimentado na Súmula 241 do STJ, que se fundamenta em precedentes nos quais se defendeu que a dupla valoração acarretaria a anulação da sentença condenatória<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 63. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18 jul., 2023.

<sup>71</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 64, incisos I e II. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18 jul., 2023.

<sup>72</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 195.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n.º 453000**. Recorrente: V.S.L. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 abr., 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2282540>. Acesso em: 02 ago., 2023.

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 241**. “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Brasília, 23 ago., 2000. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf). Acesso em: 21 jun., 2023.

A condição de reincidência, além de agravar a pena na segunda fase do processo dosimétrico, também impede a incidência de benefícios despenalizadores, como a suspensão condicional da pena, quando a reincidência é em crime doloso (art. 77, inciso I, CP<sup>75</sup>); a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/95)<sup>76</sup>; e o acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 2º, inciso II, Código de Processo Penal)<sup>77</sup>, por exemplo. Ainda, o Código Penal não prevê hipóteses de cumprimento de pena nos regimes aberto e semiaberto ao acusado reincidente (art. 33, § 2º, alíneas “a” e “b”, CP)<sup>78</sup>.

Em relação ao crime de tráfico de drogas, a reincidência também é responsável por impedir a incidência da forma privilegiada do crime, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de n.º 11.343/06. Desse modo, os acusados reincidentes, como regra, acabam recebendo sanções muito superiores em relação aos acusados não reincidentes, porque, além de terem suas penas aumentadas pela agravante, também, de plano, têm a incidência da minorante negada, evidenciando que a reincidência traz efeitos que ultrapassam a segunda fase da dosimetria.

Nos termos do que leciona Eugênio Raúl Zaffaroni, a reincidência só pode ser entendida na medida em que se abandona o direito penal do fato e se alcança o direito penal do autor, e, por vezes, nem em tais hipóteses<sup>79</sup>. Ao que se constata, a agravante em discussão se encontra

<sup>75</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 77. “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18 jul., 2023.

<sup>76</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Art. 89. “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 10 jul., 2023.

<sup>77</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 28-A. “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 05 maio, 2023.

<sup>78</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 33. “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado [...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...] b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18 jul., 2023.

<sup>79</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário**, in: Livro de Estudos Jurídicos, (6). BUSTAMANTE, Ricardo e TUBENCHLAK, James (coords.). Rio de Janeiro: IEJ, 1993, p. 53.

em contraposição com uma posição garantista do direito penal, que busca a devida observância dos princípios da individualização da pena e do *ne bis in idem*, uma vez que autoriza um agravamento da punição em razão de um crime que, em verdade, já foi objeto de intervenção estatal.

### 2.3.1.2 Calamidade pública ou desgraça particular

A agravante da calamidade pública ou da desgraça particular se traduz, nos termos do art. 61, inciso II, alínea “j”, do CP, em uma punição mais severa em decorrência de o agente ter se aproveitado de uma situação de incêndio, naufrágio, inundação, ou qualquer outra calamidade pública, ou, ainda, de momento de desgraça particular, para fins de incorrer no comportamento ilícito.

Nessa pesquisa, importa fazer referência a ela pois a agravante passou a ter especial relevância e incidência a partir do ano de 2020 com a pandemia ocasionada pelo coronavírus, de modo que passou a ser utilizada como fundamento para agravar a pena nos casos em que cometido o delito prevalecendo-se dessa situação, que se configurou como de repercussão mundial.

Os entendimentos dos julgadores para fins de aplicação da agravante na hipótese referida, contudo, não se mostram uníssomos. Enquanto parcela defende que, para tanto, basta que o crime tenha sido cometido enquanto a sociedade era acometida pelo vírus, ao argumento de que já estaria o acusado se aproveitando da calamidade, especialmente pela reduzida fiscalização policial durante o período; os demais argumentam que seria necessária a demonstração de aproveitamento específico por parte do agente da situação de calamidade, ou seja, a demonstração da ligação existente entre a conduta e a pandemia.

Em razão de tais controvérsias, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou o Recurso Especial n.º 2.031.971 para o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Cadastrado como Tema 1.185, o julgamento ainda pendente pretende definir se a agravante incide, ou não, independentemente denexo causal entre o estado de calamidade e o fato delitivo<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Proposta de Afetação no Recurso Especial n.º 2.031.971/SP**. Recorrente: A.C. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 14 mar., 2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202201998820](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202201998820). Acesso em: 29 jun., 2023.

### 2.3.2 Atenuantes

#### 2.3.2.1 Menor de vinte e um anos na data do fato ou maior de setenta anos ao tempo da sentença

A atenuante prevista no art. 65, inciso I, do Código Penal, dispõe que será atenuada a pena do agente que possuir menos de vinte e um anos na data em que cometeu o fato delitivo, ou, ainda, na hipótese de o acusado ter mais de setenta anos ao tempo em que foi proferida a sentença.

A justificativa da primeira hipótese decorre da circunstância de que o indivíduo antes de completar vinte e um anos ainda não se encontra no seu completo amadurecimento, isso porque a área do cérebro responsável pela tomada de decisões e pela impulsividade, ou seja, o córtex pré-frontal, não se encontra no seu desenvolvimento pleno<sup>81</sup>. Desse modo, faz-se proporcional não apenas a diminuição da pena em decorrência do estado de desenvolvimento que se encontram os jovens adultos, mas sobretudo em razão da importância de reduzir o tempo em que esses permanecerão segregados e expostos a um ambiente pouco propício ao desenvolvimento humano.

De outro lado, a segunda situação se justifica pela condição de idoso, porque, nos termos do que defendido por Guilherme Nucci, em decorrência da idade, pode o agente “sofrer marcantes alterações somáticas a repercutir em seu estado psíquico, de forma a deixar de ser mentalmente o que sempre foi”<sup>82</sup>. De outro turno, não se pode deixar de considerar que, diante da idade avançada, poderá o apenado vir a sofrer mais impactos em decorrência da infraestrutura precária do sistema prisional, além de necessidade se buscar evitar que o condenado passe os seus últimos anos de vida encarcerado.

#### 2.3.2.2 Confissão espontânea

Conforme prevê o art. 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal, a confissão do acusado quanto à autoria do crime perante a autoridade é causa que sempre atenua a pena. Com efeito, em observância ao texto legal, estando-se diante da confissão dos fatos por parte do agente, ainda que tal elemento não seja utilizado para a sua condenação, o reconhecimento da atenuante

---

<sup>81</sup> ROSSETTO, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. *E-book*. ISBN 9788522492657. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 153.

<sup>82</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 224-225.

referida figura como um direito subjetivo do denunciado, em observância aos princípios da isonomia e da individualização da pena, nos termos do entendimento recente da 5ª Turma do STJ<sup>83</sup>.

Pouco importa, ainda, se a confissão ocorre de forma integral, parcial ou mesmo que condicionada ou retratada, pois em todas essas hipóteses a incidência da atenuante será obrigatória<sup>84</sup>.

Em relação ao crime de tráfico de drogas, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 630, estabeleceu que a atenuante de confissão espontânea pressupõe que o acusado tenha efetivamente reconhecido a traficância, não sendo suficiente a admissão da posse ou a propriedade para fins de uso próprio<sup>85</sup>. Entretanto, entende-se que a argumentação, em sede de confissão, de que o tráfico decorreu pelo estado de necessidade, ou seja, buscando invocar excludente de ilicitude, não impede a incidência da atenuante<sup>86</sup>.

Uma das grandes discussões em torno da atenuante aqui analisada reside no questionamento se seria possível a compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea, em hipótese que estejam ambas presentes. De acordo com o entendimento da Terceira Seção da Corte Superior, em razão de tanto a agravante como a atenuante serem preponderantes, pois dizem respeito à personalidade do agente, afigura-se adequada a compensação<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial n.º 1.972.098/SC**. Recorrente: Ministério Público do Estado. Recorrido: M.R.L. e S.V.M.K. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 14 jul., 2022. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202103697907](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103697907). Acesso em: 22 jun., 2023.

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 625.076/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: E.N.O. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 15 nov., 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202002981860](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002981860). Acesso em: 19 maio, 2023.

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 630**. “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”. Brasília, 24 abr., 2019. Disponível em:

[https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5060/5186?\\_\\_cf\\_chl\\_tk=tPoww53IRjvJabxjMLMWCzXWTgUlcEv0zcEfeIYoMqo-1691625505-0-gaNycGzNDfs](https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5060/5186?__cf_chl_tk=tPoww53IRjvJabxjMLMWCzXWTgUlcEv0zcEfeIYoMqo-1691625505-0-gaNycGzNDfs). Acesso em: 18 jun., 2023.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n.º 514.032/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 25 jun., 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201901617698](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201901617698). Acesso em: 18 jun., 2023.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n.º 585.053/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 18 ago., 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001264507](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001264507). Acesso em: 18 jun., 2023.

## 2.4 TERCEIRA FASE: A APLICAÇÃO DA PENA DEFINITIVA

Na fase derradeira da dosimetria da pena, incidem as causas de aumento e as causas de diminuição de pena, também denominadas, respectivamente, de majorantes e minorantes. A terceira fase, por seu turno, é a única que autoriza a alteração da pena para além dos limites cominados ao tipo penal em questão, de modo que é possível a fixação da pena definitiva em patamar inferior ou superior aos limites abstratamente previstos pelo legislador, o que, nas palavras de Boschi, não representa ofensa ao princípio da legalidade, “porque a hipótese (vedada na segunda fase) atine com a funcionalidade do método trifásico (art. 68 do CP)”<sup>88</sup>.

De forma diversa do que ocorre nas demais fases, aqui a própria lei define a fração ou os intervalos de frações que podem ser utilizados para a modificação das penas caso se façam presentes algumas das causas de aumento ou de redução. Na hipótese em que exista um intervalo de escolha entre as frações, deverá o magistrado ponderar a reprovação conferida ao caso concreto quando da individualização da pena-base, para que as circunstâncias do crime inicialmente consideradas tenham coerência com o patamar a ser aplicado ao final<sup>89</sup>.

Existem causas que incidem na terceira fase da dosimetria previstas tanto na parte geral do Código Penal, como é o caso da tentativa (art. 14, inciso II), como na parte especial, quando se destinam a um tipo penal específico, ou mesmo em legislações extravagantes, como ocorre no caso do tráfico de drogas, que possui suas causas de aumento e de diminuição mais frequentes previstas na própria Lei de Drogas. Essas serão brevemente analisadas nos tópicos seguintes, por serem de especial relevância para a traficância.

### 2.4.1 Causas especiais de aumento de pena previstas no art. 40 da Lei n.º 11.343/06

No que concerne às causas de aumento que podem incidir na última fase da dosimetria da pena, impactando na pena definitiva, é relevante mencionar, para o presente estudo, as majorantes previstas na Lei de Drogas. Na legislação, há a previsão de majorantes no art. 40, o qual autoriza o acréscimo de pena nos crimes definidos nos arts. 33 a 37, incluindo o tráfico, variando o patamar de aumento entre um sexto a dois terços.

<sup>88</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 253.

<sup>89</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 268.

O inciso I do art. 40 revela que a pena será aumentada na hipótese em que evidenciada a transnacionalidade do delito, e, para tanto, deverá ser analisada a natureza, a procedência do produto apreendido e as circunstâncias do fato. Aqui, entende-se que o agravamento da sanção decorre da violação da ordem jurídica de mais de uma nação, de modo que a posição do STJ é no sentido de que não se caracteriza o tráfico internacional de drogas quando a substância é lícita no país de origem<sup>90</sup>, pois não se estaria diante de violação à ordem jurídica de outros Estados.

Importa ressaltar, ainda, que a majorante não se restringe às condutas de efetivamente importar e exportar a droga, mas também àquelas em que se estiver demonstrado que o destino da droga era outro país<sup>91</sup>. Dito de outra forma, não é necessário que a importação ou a exportação tenha efetivamente se consumado, bastando a pretensão nesse sentido, nos termos do que defende a Súmula 607 da Corte Superior<sup>92</sup>.

Na sequência, o inciso seguinte traz uma causa de aumento na hipótese em que o denunciado praticar o crime prevalecendo-se de função pública, ou, ainda, no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância. Para José Paulo Baltazar Junior, na primeira hipótese, “A razão do agravamento é o maior dever de probidade, imposto a todos os servidores públicos”<sup>93</sup>, a partir dessa concepção, deve-se compreender a expressão função pública a partir do conceito de funcionário público do art. 327 do CP<sup>94</sup>.

Em qualquer das situações, para a incidência da majorante, faz-se necessário demonstrar o nexo de causalidade entre o crime praticado e a função pública desempenhada, ou mesmo entre o crime levado a efeito e a função de educação, poder familiar, guarda ou vigilância exercida.

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Conflito de Competência n.º 45.839/PR**. Suscitante: Juízo Federal da Vara de Guarapuava – SJ/PR. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Guarapuava/PR. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 22 set., 2004. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200401112896](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200401112896). Acesso em: 05 jun., 2023.

<sup>91</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas** - Comentada - artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. *E-book*. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 171.

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 607**. “A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n.º 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27607%27.num.&O=JT>. Acesso em: 28 jun., 2023.

<sup>93</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**, 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 250.

<sup>94</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 327. “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 jul., 2023.

O inciso III dispõe que a pena privativa será majorada no cenário em que a infração tenha sido cometida nas dependências ou nas imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares, policiais ou em transportes públicos. Compreende-se, desse modo, que se pretende punir mais gravemente o agente que se vale de lugares em que há maior número de pessoas e maior perigo para a saúde pública.

A dificuldade nesse inciso reside em precisar os termos da expressão “imediações”, pois se trata de um conceito jurídico indeterminado, de forma que cabe ao magistrado analisar as circunstâncias do caso concreto com base na finalidade do dispositivo, que reside em proteger tais locais da traficância<sup>95</sup>. É possível inferir, então, que a majorante só pode ser aplicada quando a prática do crime busca se aproveitar da movimentação daquele local, ou seja, quando efetivamente aconteça nas proximidades, não se caracterizando quando o tráfico ocorre, por exemplo, a diversas quadras do local que se busca proteger.

De outro passo, o inciso IV dispõe que é causa apta a aumentar a pena a hipótese em que o crime tenha sido praticado com alguma forma de violência, seja grave ameaça, emprego de arma de fogo ou qualquer processo de intimidação, o que se justifica pela maior gravidade do crime diante da violência empregada.

O inciso seguinte, V, trata da hipótese de tráfico entre Estados da Federação, ou entre estes e o Distrito Federal. Essa majorante se justifica pela amplitude do impacto sobre a coletividade que é afetada pelo crime, visto que, nesses casos, ela é maior em comparação ao que ocorre no tráfico restrito a uma única região.

Na sequência, o inciso VI positiva uma causa de aumento nas situações em que a prática do crime envolver ou pretender atingir criança, adolescente ou a quem tenha diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação. À vista disso, a causa de aumento, além de aplicável quando o agente tem como objetivo atingir as pessoas elencadas, também incide quando o denunciado as inclui no crime, caso o delito seja praticado em concurso com qualquer das pessoas que se enquadrem nas situações descritas no artigo<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas** - Comentada - artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. *E-book*. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 179.

<sup>96</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas** - Comentada - artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. *E-book*. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 184.



Não há dúvidas de que, caso seja o acusado denunciado como incurso no crime de corrupção de menores, não poderá ele, ao mesmo tempo, também ser denunciado pelo crime de tráfico de drogas com a incidência da majorante aqui discutida, porque isso acarretaria uma dupla punição. De acordo com a Corte Superior, em caso do crime se encontrar previsto entre os art. 33 a 37 da Lei de Drogas, incide apenas a majorante, não podendo o agente ser condenado pelo delito autônomo de corrupção de menores<sup>97</sup>.

Por último, tem-se a disposição do inciso VII, que trata sobre a circunstância em que o agente financia ou custeia a prática do crime. No entanto, a partir das observações de Pablo Afllen, torna-se necessário questionar a constitucionalidade desse dispositivo, pois o art. 36 da Lei n.º 11.343 já dispõe sobre o crime autônomo de financiamento ou custeio do crime, incorrendo o legislador em verdadeira violação ao princípio do *ne bis in idem*. Nas palavras do professor, "pela análise do tipo objetivo, se constata que em qualquer hipótese o agente que financiar ou custear a prática das condutas previstas no art. 33, caput, e § 1º e no art. 34 da lei será submetido às penas cominadas para o crime de financiamento ou custeio ao tráfico"<sup>98</sup>.

Nesse sentido, aqui a violação do princípio referido decorreu do próprio Poder Legislativo, pois se buscou punir o financiamento ou custeio do tráfico de drogas tanto pelo crime autônomo (art. 36 da Lei de Drogas)<sup>99</sup>, como também pela causa de aumento (art. 40, inciso VII, do mesmo diploma legal)<sup>100</sup>.

Finalmente, em consonância com o entendimento do STJ, na hipótese em que se esteja diante de múltiplas causas de aumento de pena, cabe ao juiz analisar e avaliar a situação para

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial n.º 1.622.781/MT**. Recorrente: Ministério Público do Estado. Recorrido: J.V.A.S. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 22 out., 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201602267520](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602267520). Acesso em: 27 jul., 2023.

<sup>98</sup> AFLLEN, Pablo Rodrigo da Silva. **Inconstitucionalidade do artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao *Ne bis in idem* e violação à proibição de excesso**. Direito Público. Porto Alegre, ano 5º, n.º 24, p. 51-61, nov./dez. 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/645>. Acesso em: 17 jul., 2023, p. 57.

<sup>99</sup> BRASIL. **Lei n.º 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. Art. 36. "Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 06 maio, 2023.

<sup>100</sup> BRASIL. **Lei n.º 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. Art. 40, inciso VII. "As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] VII - o agente financiar ou custear a prática do crime". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 06 maio, 2023.

elevant a pena em patamar superior ao mínimo previsto (um sexto), aproximando-se, de forma fundamentada, da fração de dois terços<sup>101</sup>.

## 2.4.2 Causas especiais de redução de pena previstas na Lei n.º 11.343/06

### 2.4.2.1 Art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06

Dentre as causas especiais de redução previstas especificamente para os crimes da Lei de Drogas, pode-se mencionar o art. 33, § 4º, bem assim o art. 41 da referida Lei. Em primeiro lugar, tem-se o art. 33, § 4º, que dispõe que a pena deverá ser reduzida entre um sexto e dois terços nas situações em que o acusado for: i) primário; ii) de bons antecedentes; iii) não se dedique às atividades criminosas; e iv) nem integre organização criminosa. As hipóteses elencadas são cumulativas<sup>102</sup>, não bastando para a incidência da minorante, por conseguinte, que apenas um dos requisitos se faça presente.

O dispositivo em questão apresenta diversos entendimentos controversos, de forma que não são raras as ocasiões em que os magistrados acabam por não observar os entendimentos pacificados das Cortes Superiores, incorrendo em verdadeira arbitrariedade na tentativa de não abandonar posições pessoais; no entanto, os prejuízos da não observância dos entendimentos consolidados pelas Cortes são enormes, porque a minorante permite ampla redução da pena, inclusive em patamar inferior ao mínimo legal. Por tais razões, em sede recursal, são comumente reformadas as penas privativas de liberdade na terceira fase dosimétrica em relação ao crime de tráfico de drogas, conforme se verá no capítulo seguinte.

Uma das controvérsias reside na questão acerca do que se entende pela expressão dedicação do agente a atividades criminosas, isso porque, estando-se diante de agente que não ostenta maus antecedentes e nem é reincidente, pode-se defender que resta prejudicada a afirmação de que se dedique ele às atividades criminosas, de forma que o critério estabelecido pelo legislador acaba por “não dizer nada”<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 765.960/RJ**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: T.C.C. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 15 maio, 2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202202656023](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202202656023). Acesso em: 17 jul., 2023.

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 177.351/SP**. Agravante: C.E.B.S. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 29 nov., 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5799306>. Acesso em: 19 jul., 2023.

<sup>103</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 361.

O ponto que traz mais polêmica para a prática diz respeito aos elementos que poderiam ser utilizados para a constatação dessa dedicação. Ainda que a orientação do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de que a utilização de inquiridos e ações penais em curso não é fundamentação suficiente, por si só, a indicar a dedicação do agente a atividades criminosas<sup>104</sup>, não são raras as situações em que essas justificativas são utilizadas de forma exclusiva para fins de negatar a concessão do privilégio.

Outra importante controvérsia reside na questão de saber se a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas seriam circunstâncias hábeis a indicar o envolvimento habitual do agente ao tráfico de drogas. De acordo com o entendimento das Cortes Superiores, tais requisitos só poderiam impedir a aplicação do disposto no § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, quando coligados com outros elementos que indiquem essa dedicação<sup>105</sup>.

Em relação à quantia de pena a ser reduzida, nas palavras do Ministro Reis Júnior: “A discricionariedade do magistrado também alcança a análise para reduzir a reprimenda no quantum que entender suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado”<sup>106</sup>. Entende-se, contudo, que, não havendo condições desfavoráveis ao acusado, deverá o patamar de aumento ser aplicado no máximo (dois terços), pois inexisteriam justificativas plausíveis para a não incidência da condição mais favorável.

A quantidade e a natureza da substância apreendida, não obstante sirvam como critério para a aplicação da fração que seja menos favorável ao denunciado, não poderão ser utilizadas para tanto caso já tenham sido sopesadas para exasperar a pena-base na primeira fase da aplicação da pena.

Por último, não se pode deixar de referir que, configurado o tráfico ilícito de drogas na forma privilegiada, resta a equiparação à hediondez do crime afastada, nos termos do julgamento realizado pelo STF em sede do *Habeas Corpus* n.º 118.533, em que se defendeu que o crime do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não se encontra entre os crimes taxativamente

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 177.629/MG**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: J.A.S. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 nov., 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5803404>. Acesso em: 04 ago., 2023.

<sup>105</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 691.243/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: L.L.S. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 15 fev., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202102833000](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102833000). Acesso em: 30 jul., 2023.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 584.089/PR**. Agravante: M.A.T.A.P. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 15 set., 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001226100](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001226100). Acesso em: 30 jul., 2023.

elencados na Lei de Crimes Hediondos, especialmente porque esse enquadramento seria desproporcional<sup>107</sup>. O julgamento foi de encontro com a antiga posição do STJ que afirmava que o tráfico, ainda que na sua forma privilegiada, deveria ser enquadrado como crime equiparado à hediondo, nos termos da Súmula 512 da Corte, que hoje se encontra cancelada.

#### 2.4.2.2 Art. 41 da Lei n.º 11.343/06

O art. 41 da Lei de Drogas, na tentativa de combater o crime organizado, dispõe que poderá a pena provisória ser reduzida entre um a dois terços caso o denunciado colabore, de forma voluntária, na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação do produto do crime, ainda que parcialmente. A redução da pena ocorre, portanto, quando o denunciado, além de confessar a autoria do crime, também atribui a terceiro a participação no crime<sup>108</sup> e recupera os lucros obtidos por meio da prática criminosa, tudo isso ao tempo das investigações ou durante o curso processual.

Para fins de estabelecer a fração a ser aplicada ao caso concreto, entende-se que cabe ao julgador avaliar a contribuição da delação para a elucidação dos fatos a partir das possibilidades existentes para o delator na situação em que se encontrava<sup>109</sup>.

Nos termos da posição do Superior Tribunal de Justiça, não há incompatibilidade na aplicação simultânea da atenuante da confissão, na segunda fase de aplicação da pena, com a causa de diminuição da colaboração, que se insere na terceira fase do processo dosimétrico<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus* n.º 118.533. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 23 jun., 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>. Acesso em: 03 jul., 2023.

<sup>108</sup> ADALBERTO, José Q. T. de Camargo Aranha. *Da prova no Processo Penal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132.

<sup>109</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. *E-book*. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 19 jul., 2023, p. 191.

<sup>110</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* n.º 84.609/SP. Impetrante: M.F.T. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 04 fev., 2010. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200701324100](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200701324100). Acesso em: 01 maio, 2023.

### **3 AS PENAS APLICADAS PELOS MAGISTRADOS GAÚCHOS NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

#### **3.1 METODOLOGIA DE PESQUISA**

Encerrada a breve síntese quanto aos critérios de aplicação da pena privativa de liberdade no crime de tráfico de drogas, a presente pesquisa se dedicou a analisar a aplicação das sanções no âmbito de tal crime pelos juízes de primeiro grau do Estado do Rio Grande do Sul, além das reformas ou manutenções de tais punições pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho em sede recursal. Na sequência, o estudo buscou realizar uma breve análise quanto aos fundamentos utilizados para justificar as fixações, os aumentos e as reduções das sanções levadas a efeito.

Para tanto, as apelações criminais objeto da pesquisa foram selecionadas a partir do filtro de pesquisa do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estado no qual foi realizada a presente análise, na seção de pesquisa de jurisprudência. No campo de pesquisa, utilizou-se a expressão chave “tráfico de drogas”, selecionando-se “Apelação Criminal” no campo “tipo de processo”.

Em razão da expressiva quantidade de julgados envolvendo o crime disposto no art. 33 da Lei de Drogas, restringiu-se o intervalo de tempo às decisões julgadas no período compreendido entre 01 de março de 2023 e 31 de março de 2023, intervalo imediatamente anterior à data em que se iniciou a coleta dos dados jurisprudenciais.

Utilizando-se os parâmetros descritos, chegou-se ao número de 746<sup>111</sup> decisões. Para fins de demarcação das decisões que efetivamente serviram como respaldo à pesquisa, excluíram-se as decisões absolutórias; as decisões desclassificadoras para o crime de porte ilegal de substâncias entorpecentes para consumo próprio; as decisões em que indivíduos foram condenados por mais de um delito ou foi mantida a condenação por mais de um crime em segundo grau de jurisdição; as apelações criminais que não recorrem quanto à pena privativa aplicada; as condenações realizadas apenas em segundo grau de jurisdição; bem assim os instrumentos jurídicos que não se configuram propriamente como recursos aptos a questionarem a pena aplicada, tais como embargos de declaração, incidentes de restituição, juízos de retratação, correições parciais e ações cautelares de alienação antecipada de bens.

---

<sup>111</sup> Na presente pesquisa, em decorrência da frequência em que o número de decisões é mencionado, padronizou-se, para tanto, o uso de numerais escritos em algarismos arábicos.

A partir da aplicação desses critérios, 175 decisões proferidas pelo tribunal foram excluídas da pesquisa por se tratarem de decisões absolutórias; 131 em razão de condenações proferidas em face de mais de um crime ou por crimes diversos do tráfico de drogas; 66 foram desconsideradas por se tratarem de instrumentos jurídicos não aptos a questionarem a pena aplicada; 40 decisões foram excluídas em razão da Apelação Criminal não ter recorrido quanto à pena privativa de liberdade fixada em primeiro grau; 18 excluídas em decorrência de serem decisões desclassificando o crime de tráfico de drogas para a infração de porte ilegal de drogas para consumo pessoal; 13 decisões foram desconsideradas pela condenação ter ocorrido apenas em segundo grau de jurisdição; 6 foram desconsideradas pela apelação ter sido julgada prejudicada (por não conhecimento do recurso ou por extinção da punibilidade); e 4 foram excluídas em razão de ter sido a sentença desconstituída pelo tribunal.

Desse modo, somando-se as decisões mencionadas, alcança-se a quantia de 453 decisões a serem desconsideradas para fins de análise quanto à dosimetria da pena, restando, para o corpo de análise da pesquisa, portanto, 293 acórdãos.

Para fins de organização da investigação, as 293 decisões foram analisadas isoladamente de acordo com a Câmara julgadora. Nessa análise, em um primeiro momento, indicou-se a incidência de cada Desembargador(a) como relator(a) das apelações criminais; partindo-se para a observação quanto à parte responsável por trazer a questão para julgamento, ou seja, qual parte ou quais partes foram responsáveis pela interposição do instrumento recursal.

Em um segundo momento, buscou-se averiguar a quantidade de decisões em que as penas privativas de liberdade foram mantidas, e, por consequência, a incidência de alterações das sanções em segundo grau de jurisdição. Na sequência, as penas privativas fixadas pelos juízes de primeiro grau e pelos Desembargadores nos 293 acórdãos foram tabeladas a fim de possibilitar o cálculo das médias destas e daquelas, para, então, compará-las<sup>112</sup>.

Outrossim, para se alcançar a quantia representativa da média entre as penas, as sanções fixadas foram convertidas para a unidade de medida de meses, de modo que se fez necessário, em algumas situações, o arredondamento dos dias fixados a título de pena privativa de liberdade. Assim, para fins de padronização dos dados quando da realização dos cálculos, convencionou-se a utilização de dois números após a vírgula.

Por terceiro, pretendeu-se registrar a incidência em que as penas privativas de liberdades foram exasperadas, e, em contraposição, a incidência em que foram reduzidas. Posteriormente,

---

<sup>112</sup> Importa consignar que também integraram o cálculo da média entre as penas as hipóteses em que mais de uma pena foi recorrida no âmbito de uma mesma Apelação Criminal, ou seja, nas hipóteses em que havia mais de um(a) réu(ré) no polo ativo ou no polo passivo do recurso.

analisou-se em quais das três fases da dosimetria ocorreram maiores incidências de alteração pelo tribunal gaúcho e, por fim, os fundamentos utilizados para as alterações levadas - ou não - a efeito, comparando-os com as justificativas empregadas pelos julgadores de primeiro grau.

Passa-se, portanto, para uma análise quanto às 293 decisões exploradas no que tange à dosimetria da pena privativa de liberdade, que foram proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul durante o mês de março de 2023.

## 3.2 ANÁLISE DOS DADOS OBTIDOS NA PESQUISA

### 3.2.1 Julgados da Primeira Câmara Criminal

Dentre as 293 decisões utilizadas para a presente pesquisa, 154 foram proferidas pela Primeira Câmara Criminal. Destas, 42 foram proferidas pela relatoria da Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira; 42 com a relatoria do Desembargador José Conrado Kurtz de Souza; 36 tiveram como relator o Desembargador Manuel José Martinez Lucas; 33 contaram com a relatoria do Desembargador Jayme Weingartner Neto; e 1 com a relatoria do Desembargador Sylvio Baptista Neto.

Dos 154 acórdãos mencionados, 104 foram proferidos em decorrência de apelações criminais defensivas, 46 em razão da interposição tanto de apelações defensivas como de apelações ministeriais e 4 deles foram produzidos a partir de apelos interpostos de forma exclusiva pelo órgão acusatório.

#### 3.2.1.1 Média das penas privativas de liberdade aplicadas

No que diz respeito à reforma da pena privativa de liberdade pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se que 52,59% das decisões mantiveram integralmente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau, enquanto aproximadamente 47,40% acórdãos alteraram, em alguma medida, a dosimetria realizada pelo magistrado de origem.

Desse modo, levando-se em consideração os 154 processos julgados pela Primeira Câmara, realizando-se a média entre as penas aplicadas pelos magistrados de primeiro grau em tais processos, chega-se à pena média de cinco anos, cinco meses e quatro dias. De outro lado, a média entre as penas privativas de liberdade, que foram tanto mantidas como reformadas após o julgamento recursal, resultou em quatro anos, oito meses e seis dias. O intervalo entre as médias mencionadas, resultou, portanto, em uma diferença de oito meses e vinte e oito dias.

Passa-se, então, à análise quanto às fases da aplicação da pena privativa de liberdade em que houve maiores incidências de reforma pela Primeira Câmara.

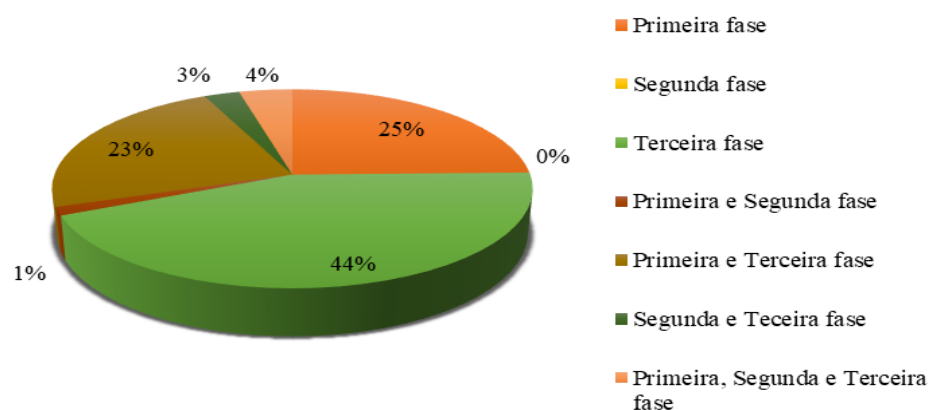
### 3.2.1.2 Fase dosimétrica em que as penas privativas de liberdade obtiveram maior reforma

Dentre os 73 acórdãos que tiveram a pena privativa alterada, 6 deles resultaram em uma pena privativa superior àquela que havia sido fixada em primeiro grau de jurisdição; enquanto 67 deram provimento aos apelos defensivos em alguma extensão para reduzir a pena privativa de liberdade estabelecida pelo magistrado de origem.

Analisando os acórdãos em que a pena privativa de liberdade foi reformada, tem-se que a reforma apenas quanto à terceira fase da dosimetria ocorreu em 43,83% dos acórdãos; em 24,65% dos processos, ocorreu exclusivamente na fase inaugural da aplicação da pena; em 23,28% das decisões, a alteração se deu tanto na primeira quanto na terceira fase da aplicação da pena; em 4,10% dos julgamentos, todas as fases da dosimetria da pena foram, em alguma proporção, reformadas pela Câmara; em 2,73% dos julgamentos, a mudança na sanção ocorreu na segunda e na terceira fases do processo dosimétrico, simultaneamente; e, finalmente, em 1,36% dos julgamentos, a pena privativa de liberdade foi reformada no que tange à primeira e à segunda fase da dosimetria da pena.

Os dados descritos evidenciam que a Primeira Câmara Criminal alterou, com uma maior incidência, a terceira fase da dosimetria da pena, seguindo-se pela primeira fase e pela combinação entre ambas. Veja-se a análise comparativa por meio do gráfico colacionado:

Gráfico 1: INCIDÊNCIA DE REFORMA NAS FASES DA APLICAÇÃO DA PENA PELA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TJ/RS





Para fins de aprofundamento da investigação, passar-se-á à análise quanto aos fundamentos utilizados pelos julgadores. Para tanto, foram selecionados acórdãos em que a alteração da pena privativa de liberdade pelo segundo grau de jurisdição se deu de forma expressiva, bem como foram priorizadas decisões em que a fundamentação, ou do julgador de origem ou dos Desembargadores, possui algum aspecto de destaque para a pesquisa.

### 3.2.1.3 Fundamentos de maior incidência para a reforma da pena

De início, a fim de evidenciar os espaços de discricionariedade que são passíveis de resultar em arbitrariedades quando da fixação da pena, menciona-se a Apelação Criminal n.º 50032712320198210157<sup>113</sup>, em que, sob a relatoria do Desembargador Manuel José Martinez Lucas, foi exasperada a pena-base e afastada a minorante de que trata o § 4º, art. 33, da Lei de Drogas.

A primeira fase da aplicação da pena foi aumentada em um ano e seis meses em decorrência da quantidade e da diversidade da droga (13 gramas de crack e 03 gramas de maconha), o que, por si só, já se mostra injustificado. Por outro lado, a forma privilegiada do crime, que havia sido aplicada pelo primeiro grau, restou afastada tendo por fundamento o histórico de antecedentes infracionais e criminais do acusado, não obstante não ostentasse qualquer condenação transitada em julgado.

De forma diametralmente oposta, na Apelação Criminal n.º 50020751620228210059<sup>114</sup>, cujo relator foi o Desembargador Jayme Weingartner Neto, a pena-base, que havia sido exasperada em um ano e três meses em decorrência da natureza e quantidade (150 gramas de cocaína e 04 quilogramas de maconha), teve seu aumento reduzido para dez meses, a fim de seguir a orientação jurisprudencial do STJ. Outrossim, a forma privilegiada do tráfico de drogas,

---

<sup>113</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50032712320198210157**. Apelante: Ministério Público do Estado e W.S. Apelado: Ministério Público do Estado e W.S. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 09 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50032712320198210157&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50032712320198210157&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 23 maio, 2023.

<sup>114</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50020751620228210059**. Apelantes: M.E.M.S. e M.G.L. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50020751620228210059&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50020751620228210059&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 23 maio, 2023.

que havia sido negado pelo julgador de origem com fundamento na existência de condenação provisória, foi aplicada em dois terços, ou seja, em seu patamar máximo, ao argumento de que:

O réu é primário, não ostenta maus antecedentes e não existe notícia sobre envolvimento com organizações criminosas.

Não há elementos probatórios de reiteração delitiva. A diligência restringiu-se à abordagem, detenção e apreensão. Não há notícia de prévia investigação ou monitoramento, de forma que concluir pela dedicação a atividades criminosas, seria presunção.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça fixou tese sob o rito dos recursos repetitivos: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, parágrafo 4º da Lei n.º 11.343/06 (Tema 1139 - REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180, j. em 18/08/2022)."<sup>115</sup>

Em síntese, a pena originariamente estabelecida em seis anos e seis meses de reclusão, foi reduzida para dois anos, três meses e seis dias de reclusão em sede recursal.

Nesse passo, vê-se que, ainda que se esteja diante de situações fáticas semelhantes nos dois casos mencionados — em que foi apreendida a mesma natureza de substâncias entorpecentes, em que ambos os réus são tecnicamente primários, mas os dois possuem antecedentes criminais — uma das penas resultou em seis anos e seis meses de reclusão, enquanto a outra alcançou o patamar de dois anos, três meses e seis dias, sendo que este possuía uma quantidade muito mais expressiva de drogas do que aquele. Importa consignar, ainda, que, na pena final de dois anos, três meses e seis dias, foi considerada a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas<sup>116</sup>, porquanto cometido o crime em ambiente prisional, causa de aumento que não incidiu no caso que resultou em uma pena mais expressiva.

Dessa forma, a comparação evidencia que, mesmo se estando diante de situações concretas semelhantes, o tempo de privação de liberdade poderá variar de forma expressiva a depender do julgador designado como competente, especialmente quando se está diante de magistrados que se utilizam da discricionariedade de forma arbitrária.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 8-9.

<sup>116</sup> BRASIL. **Lei n.º 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. Art. 40. "As penas previstas nos artigos 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços: [...] III - se ocorrer a infração nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos". Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 06 maio, 2023.

Ainda a elucidar eventuais disparidades na individualização da pena, pode-se mencionar a Apelação Criminal n.º 50064703520218210011<sup>117</sup>, de relatoria da Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. No caso, observou-se que o réu foi flagrado em poder de 766,50 gramas de cocaína, contexto que ocasionou a manutenção do aumento de três meses realizado na pena-base pelo magistrado de origem, bem assim fundamentou o afastamento da minorante de que trata o § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343, senão vejamos:

No caso sub judice, em se tratando de expressiva quantidade de entorpecentes, altamente lesiva (cocaína), correto o aumento da basilar operado pela magistrada sentenciante.

[...]

No caso em tela, o réu não apresenta os critérios necessários para a configuração da privilegiadora. Em que pese a primariedade, a quantidade de droga apreendida é elevada e de expressiva nocividade.<sup>118</sup>

No caso concreto, infere-se que a aplicação da pena incidiu em flagrante violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois a sanção foi exasperada na pena-base e teve a privilegiadora negada sob idênticos fundamentos: a quantidade e a natureza da droga apreendida, prática que, reiteradamente, tem sua aplicação vedada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>119</sup>.

De outro lado, tem-se a Apelação Criminal n.º 50291284920228210001<sup>120</sup>, julgado sob a relatoria do Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, em que a pena privativa de liberdade havia sido fixada pelo juízo de primeiro grau em sete anos de reclusão, por decorrência da exasperação da pena-base em dois anos, fundamentada na negatização dos vetores culpabilidade, personalidade, antecedentes criminais, circunstâncias, consequências e motivos do crime.

<sup>117</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50064703520218210011**. Apelante: R.S.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50064703520218210011&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50064703520218210011&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 01 jun., 2023.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>119</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial n.º 1.887.511/SP**. Recorrente: G.M.S. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 09 jun., 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001952153](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001952153). Acesso em: 03 jun., 2023.

<sup>120</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50291284920228210001**. Apelante: A.A.S.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 09 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50291284920228210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50291284920228210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 01 jun., 2023.

O Desembargador manteve a valoração das circunstâncias do crime, com a justificativa de que a quantidade e a natureza da droga apreendida estariam a autorizar a medida (10 gramas de cocaína e 16 gramas de crack). Por outro lado, afastou: i) a valoração dos antecedentes, pois processos em curso não são aptos a negatização de tal vetor; ii) a valoração das consequências, porquanto valoradas de forma genérica, sem qualquer elemento concreto a validar sua especial negatização no caso concreto; iii) a motivação e iv) a culpabilidade, pois não são dignas de nota; e, por fim, v) a personalidade, pois inexistiam elementos nos autos a permitirem a avaliação de tal quesito. Desse modo, o aumento da pena-base foi redimensionado pela Primeira Câmara Criminal para quatro meses, tendo por justificativa, tão somente, as circunstâncias do crime.

Na segunda fase da aplicação da pena, de forma diversa do que havia sido feito em primeiro grau de jurisdição, foi reconhecida a atenuante de confissão espontânea porque, não obstante o acusado tenha invocado o estado de necessidade, confirmou que possuía as drogas em seu poder e que possuía a intenção de vendê-las, de modo que foi reduzido o apenamento ao mínimo legal, cinco anos de reclusão.

Na derradeira fase de individualização da pena, a forma privilegiada do crime, que havia sido negada tendo por fundamento a diversidade e a natureza das drogas, foi aplicada em dois terços, pois, além das circunstâncias não serem aptas a indicar a traficância habitual, também já foram consideradas na primeira fase da aplicação da pena, com o que a incidência de tal fundamento por duas vezes ocasionaria em verdadeira violação ao princípio da vedação à dupla punição. Portanto, a pena privativa de liberdade que havia sido fixada em sete anos de reclusão foi reformada pelo Tribunal de Justiça e reduzida ao *quantum* de um ano e oito meses.

Por fim, não se pode deixar de referir a Apelação Criminal n.º 50007571320228210054<sup>121</sup>, de relatoria do Desembargador Jayme Weingartner Neto, em que a pena, originariamente fixada em sete anos e seis meses, foi reduzida para quatro anos e dois meses de reclusão. A dosimetria foi realizada pelo juízo de origem da seguinte forma:

A culpabilidade restou bem definida, eis que havia plena consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. O sentenciado possui maus antecedentes (evento 54). Ademais, malgrado não haver reincidência, observo que há vários registros de fatos que já foram acoimados pelo período depurador, porém permanecem hígidos

---

<sup>121</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50007571320228210054**. Apelante: J.F.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50007571320228210054&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50007571320228210054&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 22 maio, 2023.

como praticados pelo ora condenado, muitos dos quais já transitados. Sem elementos sobre a conduta social do agente. Personalidade do agente sem elementos concretos para avaliação. Não há fato relevante quanto às circunstâncias do delito. Quanto às consequências, ainda que não se tenha, concretamente, demonstrado uma vítima em especial, é fato incontroverso que o delito de tráfico de drogas traz consequências nefastas na sociedade como um todo. Notório que outros crimes ocorrem em função do tráfico como roubos, latrocínios, furtos e homicídios, uma verdadeira rede interligada de delitos que têm uma única causa, o tráfico de drogas. Onde o imaginário público é assolado por chacinas, execuções e confrontos entre quadrilhas de traficantes como ilustrações dramáticas que parecem crescentemente tomar conta do cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros, culminando, também, na destruição de famílias, reduzindo usuários a indigentes em condições subumanas. Os motivos são os comuns ao delito. Descabido falar-se em participação da vítima nesta espécie delitiva. Desta forma, com base nas operadoras do artigo 59, do Código Penal, acima analisadas, fixo a pena-base em grau acima do mínimo, qual seja, 07 anos e 06 meses de reclusão.<sup>122</sup>

Em sede de recurso, o aumento em decorrência da culpabilidade foi afastado pelo Desembargador, uma vez que a plena consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa configuram elementos inerentes ao tipo de injusto. De igual forma, foi ressaltado que o fato de o delito em questão trazer efeitos nefastos à sociedade se encaixa como o resultado danoso decorrente de todo e qualquer crime de tráfico de drogas, não servindo para agravar as consequências especificamente em relação ao crime em questão. Por fim, frisou-se que os maus antecedentes não poderiam ser valorados, porquanto os registros em que ocorreram a extinção da punibilidade, mesmo que por prescrição, por óbvio, não são passíveis de exasperar a vetorial.

Na derradeira fase na dosimetria da pena, foi ressaltado que a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas não seriam fundamentos suficientes a impedir, de forma isolada, a minorante do tráfico privilegiado. Desse modo, diante da ausência de indícios que indicassem a dedicação a atividades criminosas, mas considerando a expressiva quantidade de droga apreendida (664,87 gramas de cocaína e 204,87 gramas de crack), que poderia indicar eventual atuação como “mula”, a privilegiadora foi aplicada em seu patamar mínimo, ou seja, em um sexto.

### **3.2.2 Julgados da Segunda Câmara Criminal**

Dentre as 293 decisões utilizadas para a produção da pesquisa, 40 foram proferidas pela Segunda Câmara Criminal. Destas, 21 foram prolatadas pela relatoria da Desembargadora Rosaura Marques Borba; 16 contaram com a Desembargadora Viviane de Faria Miranda como

---

<sup>122</sup> Ibidem, p. 2-3.

relatora; e 3 acórdãos foram proferidos sob a relatoria do Desembargador José Antônio Cidade Pitrez.

Dos 40 acórdãos mencionados, 32 foram proferidos em decorrência de apelações criminais defensivas e 8 em razão da interposição tanto de apelações defensivas como de apelos ministeriais. Nenhuma delas decorreu apenas de recursos interpostos de forma exclusiva por parte do órgão acusatório.

### 3.2.2.1 Média das penas privativas de liberdade aplicadas

No que diz com a reforma da pena privativa de liberdade pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se que 22,50% decisões mantiveram integralmente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau, enquanto 77,50% dos acórdãos alteraram, em alguma extensão, a dosimetria realizada pelo magistrado de origem.

Realizando-se a média entre as penas aplicadas pelos magistrados de primeiro grau nas decisões originárias dos 40 acórdãos julgados pela Segunda Câmara, chega-se à pena média de cinco anos, sete meses e vinte e quatro dias. Por outro turno, a média das penas privativas de liberdade definidas pelo tribunal, mantidas e alteradas, resultou em quatro anos, sete meses e cinco dias. Por conseguinte, constatou-se uma diferença de um ano e dezenove dias entre as penas inicialmente aplicadas e as penas definitivamente fixadas após o julgamento das apelações criminais.

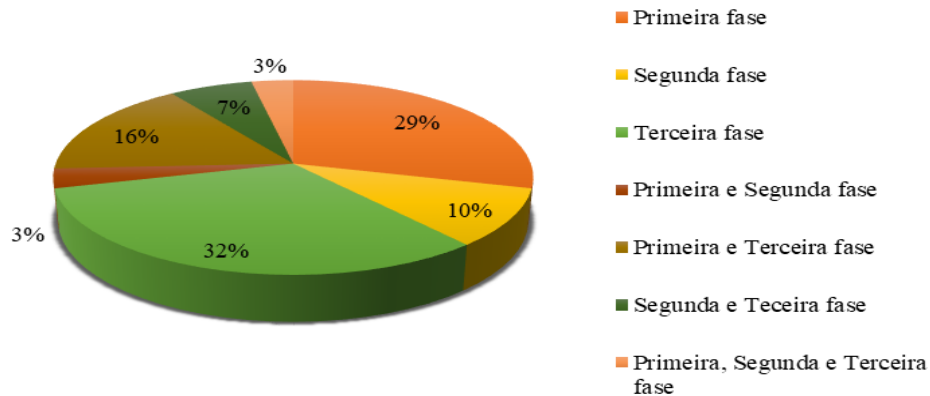
### 3.2.2.2 Fase dosimétrica em que as penas privativas de liberdade obtiveram maior reforma

Dentre as 31 penas reformadas pela Segunda Câmara Criminal durante o mês de março de 2023, 27 delas foram reduzidas, enquanto 4 sofreram exasperação em sede recursal.

Em relação às fases da dosimetria da pena em que as sanções sofreram maiores alterações, observou-se que, em 32,25% das decisões, a mudança ocorreu na última fase da individualização da pena; na primeira fase da dosimetria da pena em 29,03% dos acórdãos; em 16,12%, a mudança ocorreu tanto na primeira como na terceira fase; enquanto a segunda fase da dosimetria precisou ser alterada, de modo exclusivo, em 9,67% das decisões; em 6,45%, fez-se necessária a alteração na segunda e na terceira fases dosimétricas; e, em menos de 4% dos acórdãos, a alteração ocorreu conjuntamente na primeira e na segunda fases da dosimetria, ou, ainda, em todas as etapas da individualização da penalidade.

De modo ilustrativo, confira-se o gráfico quanto à incidência de reformada em cada uma das fases da individualização da pena nos julgados da Segunda Câmara Criminal:

Gráfico 2: INCIDÊNCIA DE REFORMA NAS FASES DA APLICAÇÃO DA PENA PELA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TJ/RS



Buscando-se a elucidação de tais dados, e a investigação acerca das possíveis arbitrariedades na individualização da pena, passar-se-á para a análise de algumas das decisões proferidas pela Segunda Câmara Criminal durante o período delimitado para a pesquisa.

### 3.2.2.3 Fundamentos de maior incidência para a reforma da pena

Na Apelação Criminal n.º 50169964120198210008<sup>123</sup>, julgada sob a relatoria da Desembargadora Viviane de Faria Miranda, foi mantido o aumento da pena-base em decorrência da diversidade e da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas (2 gramas de cocaína e 128 gramas de maconha) no *quantum* de dez meses. De ofício, foi reconhecida a minorante do tráfico de drogas, prevista no § 4º, art. 33, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, anotando a Desembargadora que, não obstante possua entendimento diverso, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou, no Tema 1139, que “É vedada a utilização de

<sup>123</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50169964120198210008**. Apelante: M.L.S.O. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.ª Viviane de Faria Miranda. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50169964120198210008&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50169964120198210008&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 16 maio, 2023.

inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei.º11.343/06"<sup>124</sup>.

Também, na Apelação Criminal n.º 50016575520228210002<sup>125</sup>, que contou com a relatoria da Desembargadora Rosaura Marques Borba, a pena-base foi originariamente fixada em oito anos, sob a justificativa da valoração negativa dos maus antecedentes, das circunstâncias e da culpabilidade. Tais vetores, não obstante mantidos pela Desembargadora, tiveram seus patamares de aumento redimensionados, porquanto evidentemente excessivo o aumento de um ano para cada vetor, de modo que a exasperação para cada uma das circunstâncias negativas foi alterada para seis meses.

Por outro lado, deixou a relatora de aplicar a forma privilegiada de que trata o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, aspecto em que restou vencida pela parcial divergência inaugurada pelo Desembargador Sandro Luz Portal. Entendeu o voto divergente que a existência de condenação provisória em face do acusado não seria fundamento apto a afastar o benefício, de modo que foi ele aplicado no patamar de dois terços. Com efeito, a pena inicialmente fixada pelo primeiro grau, de oito anos de reclusão, restou reduzida para dois anos e dois meses de reclusão.

Sob a relatoria do Desembargador José Antônio Cidade Pítez, na Apelação Criminal n.º 50005274520218210073<sup>126</sup>, a pena privativa de liberdade do denunciado, que havia sido estabelecida em nove anos de reclusão, foi reduzida para sete anos de reclusão. O argumento utilizado pelo relator para a redução da pena-base foi no sentido de que a negatização das consequências do crime, que foram exasperadas tendo por fundamento a gravidade abstrata do delito, deveriam ser neutralizadas. Com efeito, foi a sanção basilar redimensionada para seis anos, considerando a negatização dos antecedentes e das circunstâncias (visto que estava

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Tema Repetitivo 1139**. “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06”. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 10 ago., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1139&cod\\_tema\\_final=1139](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1139&cod_tema_final=1139). Acesso em: 02 jun., 2023.

<sup>125</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50016575520228210002**. Apelante: V.S.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.ª Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50016575520228210002&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50016575520228210002&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 16 maio, 2023.

<sup>126</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50005274520218210073**. Apelante: T.L.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Antônio Cidade Pítez. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 9 maio, 2023.



utilizando tornozeleira eletrônica há dez dias ao tempo do flagrante); lado outro, restou mantido o aumento de um ano da pena em decorrência da agravante de reincidência, que foi considerado proporcional e adequado.

Ao fim, menciona-se a Apelação Criminal n.º 50032055020218210035<sup>127</sup>, em que foi reformada a pena-base sob a fundamentação da Desembargadora relatora, Rosaura Marques Borba, de que não é cabível a dupla valoração das circunstâncias referentes à qualidade e à quantidade da droga apreendida, cuja apreciação deve ser sopesada em uma única oportunidade no cálculo da pena, de forma conjunta, portanto. No caso, a sentença havia considerado a natureza das drogas na primeira fase da dosimetria e a quantidade quando da fixação da fração redutora a ser aplicada pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, incidindo em flagrante *bis in idem*. Excluiu-se, por conseguinte, a negatização das circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas da fase inaugural.

### 3.2.3 Julgados da Terceira Câmara Criminal

Considerando-se as 293 decisões selecionadas para a presente pesquisa, 99 foram proferidas pela Terceira Câmara Criminal. Destas, 31 foram julgados sob a relatoria do Desembargador Luciano André Losekann; 21 foram proferidas pela relatoria da Desembargadora Jane Maria Kohler Vidal; 18 foram relatadas pelo Desembargador Rinez da Trindade; 18 acórdãos foram proferidos sob a relatoria da Desembargadora Rosane Wanner da Silva Bordasch; e 11 contaram com o Desembargador Leandro Augusto Sassi como relator.

Dos 99 acórdãos mencionados, 78 foram proferidos a partir de apelações criminais defensivas; 19 em decorrência da interposição tanto de apelos defensivos como ministeriais; e, apenas 2, decorreram de apelações interpostas tão somente pelo órgão acusatório.

#### 3.2.3.1 Média das penas privativas de liberdade aplicadas

Em relação à reforma da pena privativa de liberdade pela Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se que apenas 17,17% das decisões mantiveram integralmente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau, enquanto em 82,82% das decisões

---

<sup>127</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50032055020218210035**. Apelante: L.E.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.<sup>a</sup> Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50032055020218210035&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50032055020218210035&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 09 maio, 2023.

se fez necessário modificar em sede recursal, em alguma medida, a pena privativa de liberdade originalmente fixada.

Por conseguinte, considerando os 99 acórdãos proferidos durante o mês de março pela Terceira Câmara, calculando-se a média entre as penas aplicadas pelos magistrados de primeiro grau em tais processos, chega-se à pena média aproximada de cinco anos, oito meses e quatro dias. Por outro turno, a média entre as penas privativas de liberdade fixadas pela Terceira Câmara Criminal, considerando-se tanto as que foram mantidas como aquelas que foram alteradas, resultou em cerca de três anos, cinco meses e quinze dias. À vista disso, a diferença entre as médias resultou em uma importância de aproximadamente dois anos, dois meses e dezenove dias.

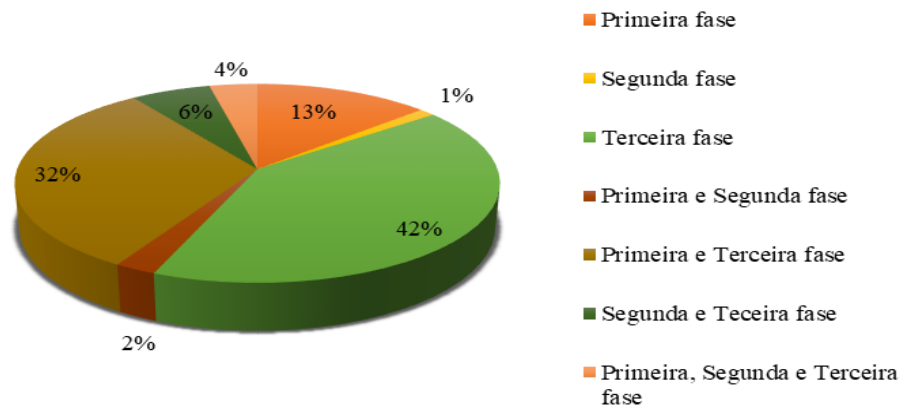
### 3.2.3.2 Fase dosimétrica em que as penas privativas de liberdade obtiveram maior reforma

Dentre as 82 decisões que reformaram a pena privativa de liberdade fixada pelos juízes de primeiro grau, 80 acórdãos julgados pela Terceira Câmara reduziram as sanções originalmente aplicadas, enquanto 2 as exasperaram.

No que tange às fases da dosimetria da pena em que a sanção sofreu maiores incidências de reforma, constatou-se que, em aproximadamente 41,46% das decisões, as penas sofreram alterações apenas na terceira fase do processo dosimétrico; em cerca de 31,70%, as penas foram alteradas na primeira e na terceira fase da individualização da pena; em 13,41%, a sanção foi reformada pelos Desembargadores tão só na sua fase inaugural; em 6,09%, as penas aplicadas pelos magistrados de origem foram alteradas na segunda e na terceira fases da dosimetria; em 3,65%, as três fases sofreram alguma modificação; e, por fim, em menos de 3% dos casos, as penas foram alteradas apenas na segunda fase dosimétrica, bem assim tanto na primeira quanto na fase intermediária da aplicação da pena.

A partir desses percentuais, observa-se o gráfico quanto à incidência de reformada em cada uma das fases da individualização da pena nos acórdãos proferidos pela Terceira Câmara Criminal durante o mês de março de 2023:

Gráfico 3: INCIDÊNCIA DE REFORMA NAS FASES DA APLICAÇÃO DA PENA PELA TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TJ/RS



Para fins de aprofundar a discussão quanto aos fundamentos de aplicação e de redimensionamento das penas privativas de liberdade, foram selecionados acórdãos proferidos pela Terceira Câmara que chamam a atenção no que diz com o *quantum* alterado na pena privativa de liberdade ou em decorrência dos argumentos levados a efeito pelos julgadores.

### 3.2.3.3 Fundamentos de maior incidência para a reforma da pena

De início, menciona-se a Apelação Criminal n.º 50021323520218210070<sup>128</sup>, na qual a Desembargadora relatora, Jane Maria Köhler Vidal, havia improvido integralmente o recurso defensivo. Entretanto, foi instaurada divergência pelo Desembargador Rinez da Trindade, que entendeu inadequada a valoração da pena-base em dois anos, adotando por fundamento a culpabilidade, a conduta social, a motivação, as circunstâncias e as consequências.

O voto divergente, que restou vencedor, afastou a valoração da culpabilidade, porquanto a suscitada consciência da ilicitude da conduta por parte do acusado não figura como justificativa para tanto, sendo necessário um maior grau de censurabilidade no comportamento adotado a fim de viabilizar a exasperação do vetor. Entendeu-se por devido, também, o afastamento do vetor conduta social, dado que não há elementos concretos e específicos nos autos a aferir eventual comportamento alegadamente desregrado do réu; da motivação, haja

<sup>128</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50021323520218210070**. Apelantes: Ministério Público do Estado e J.C.H. Apelados: Ministério Público do Estado e J.C.H. Relatora: Des.ª Jane Maria Köhler Vidal. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50021323520218210070&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50021323520218210070&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 05 maio, 2023.

vista que auferir lucro fácil é elementar ao tipo penal do tráfico de drogas; das circunstâncias, haja vista que “o fato de a ré estar acompanhada de menor de idade com as drogas será valorada na terceira fase da dosimetria da pena, como o próprio juízo sentenciante também reduziu a privilegiadora do tráfico sob esse mesmo fundamento, o que implica em *bis in idem*”<sup>129</sup>.

Outrossim, o vetor atinente às consequências do crime restou afastado pelo voto vencedor ao argumento de que “o impacto do tráfico de drogas na saúde e nas questões familiares também faz parte da elementar do tipo penal do tráfico de drogas”<sup>130</sup>. Desse modo, a pena-base, que havia sido fixada em sete anos de reclusão pelo sentenciante e, inclusive, mantida pela Desembargadora relatora, foi redimensionada ao mínimo legal.

O voto vencedor, ainda, entendeu por incorreta a aplicação do menor patamar de redução no que tange à redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, isso porque a quantidade de droga apreendida, qual seja, 15 gramas de maconha, não autoriza o aumento da pena. Considerando-se, portanto, a incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, em um sexto, pois a ré estava acompanhada de um adolescente no momento da abordagem policial, bem como a incidência da redutora mencionada em dois terços, a pena definitiva foi estabelecida no patamar de um ano, onze meses e dez dias de reclusão.

Na Apelação Criminal n.º 50186547220218210027<sup>131</sup>, julgada sob a relatoria do Desembargador Rinez da Trindade, a pena-base foi originariamente valorada em seis meses, com fundamento na quantidade e na natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (34 gramas de maconha, 03 gramas de crack e 04 gramas de cocaína). Ao afastar tal justificativa e reduzir a pena-base ao mínimo legal, defendeu o relator o que segue:

[...] não há qualquer previsão legislativa estipulando que o tráfico de droga de uma natureza já parta de uma pena maior, como se fosse possível afirmar que traficar uma espécie de droga é menos grave do que outra. Acrescento que deixar isso para uma livre interpretação do Judiciário possibilita uma indevida discricionariedade, a qual conduz, inevitavelmente, a distintas condenações para casos semelhantes, violando, assim, o preceito constitucional da isonomia que deve reger as decisões judiciais.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>131</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50186547220218210027**. Apelante: P.S.D. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Rinez da Trindade. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50186547220218210027&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50186547220218210027&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 29 maio, 2023.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 23-24.

O acórdão mencionado também aplicou a minorante do tráfico privilegiado, que havia sido indeferido pelo magistrado de origem, no patamar de dois terços. Ainda na terceira fase, o crime autônomo de porte ilegal de arma de fogo foi afastado, uma vez que aplicada a majorante do art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas, devido à evidência de que o porte de armas e de munições foi utilizado como meio para garantir a traficância.

Observados os parâmetros descritos, a pena privativa de liberdade que havia sido estabelecida em sete anos e seis meses de reclusão, foi reduzida para um ano, onze meses e dez dias.

No julgamento da Apelação Criminal n.º 50029690720218210033<sup>133</sup>, em que o Desembargador Luciano André Losekann figurou como relator, a sanção privativa de liberdade, fixada pelo juiz de primeiro grau em dez anos de reclusão, foi reduzida para dois anos e quatro meses de reclusão.

Em relação à primeira fase, foi mantida a valoração negativa da culpabilidade, uma vez que o acusado estava em liberdade provisória no momento da prisão em flagrante. No entanto, a avaliação da quantidade e da natureza da droga foi descartada, pois foram apreendidos 98 gramas de maconha e 1 grama de cocaína. O aumento da pena correspondente às circunstâncias mantidas foi reduzido para dez meses, uma vez a exasperação aplicada em primeira instância foi considerada desproporcional.

Na última etapa do processo dosimétrico, foi aplicado o § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06 na sua fração máxima. O Desembargador relator sustentou que o fato de o acusado estar envolvido em outros processos criminais, sem ostentar condenações definitivas, não seria um elemento válido para impedir sua incidência. As majorantes, do art. 40, incisos III e VI, da Lei n.º 11.343/06, foram mantidas, razão pela qual a pena foi exasperada em um quinto.

Ainda com o objetivo de ilustrar as possibilidades de o julgador incidir em arbitrariedades, especialmente quando da fixação da pena-base, menciona-se a Apelação Criminal n.º 50031847920218210001<sup>134</sup>, também de relatoria do Desembargador Luciano

---

<sup>133</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50029690720218210033**. Apelante: E.L.L.E. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Luciano André Losekann. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50029690720218210033&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50029690720218210033&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 21 maio, 2023.

<sup>134</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50031847920218210001**. Apelante: L.M.G.F. e V.R.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Luciano André Losekann. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50031847920218210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50031847920218210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 21 maio, 2023.

André Losekann, em que a pena-base havia sido individualizada da seguinte forma pelo magistrado de origem, *in verbis*:

Os réus não possuem antecedentes criminais.

Circunstâncias censuráveis.

Os réus associaram-se entre si e com os adolescentes Ruan e Jonathan para a prática da traficância e outros crimes.

Foram flagrados em residência utilizada exatamente para o cometimento de crimes e empreenderam fuga por sobre telhados de diversas casas vizinhas, o que certamente assustou os moradores e causou tumulto na região.

Além disso, apreendidos com eles 01 bucha, 06 tijolos e 25 torrões de maconha, pesando cerca de 650g, 202 pinos, 08 buchas e 02 porções de cocaína, pesando 260g, e 101 pedras de crack, com 13g; 01 revolver calibre .38, marca Colt, com numeração raspada, municiado com 06 cartuchos compatíveis, além de 20 munições calibre .38, 03 munições calibre .40, 01 munição calibre 9mm e 01 munição calibre 12; além de diversos petrechos para a comercialização ilícita.

Necessário destacar a natureza do crack traficado pelos réus. Tal substância, se comparada a outros entorpecentes, é intensamente prejudicial à saúde, incrementando sobremaneira a lesividade pessoal e social.

Ainda, há de se considerar que, segundo apontado pelos policiais, a região onde ocorreram os crimes já era conhecida como ponto de tráfico de drogas. Evidente o maior alcance de usuários com a prática da mercancia nessas circunstâncias.

Tais peculiaridades certamente tornaram o evento mais grave, merecendo maior reprovação.

Consequências amplamente negativas.

A proliferação dessas drogas, na quantidade e qualidade examinadas, arruína vidas e lares, acentuando o prejuízo social, além de intensificar a criminalidade local.

No ponto, condutas sociais reprováveis; personalidades dotadas de periculosidade e astúcia.

Motivações desprezíveis.

Os réus são indivíduos jovens e saudáveis, podendo exercer trabalho digno e lícito. Porém, optaram em executar vários crimes para a obtenção de dinheiro de diversas formas ilícitas.

Nesse contexto examinado, culpabilidades amplamente negativas. Dolo intenso na empreitada criminoso.<sup>135</sup>

Diante da valoração dos vetores apontados, o magistrado fixou a pena-base em seis anos de reclusão. O Desembargador, entretanto, diante da necessidade do afastamento da descabida valoração negativa das consequências, da conduta social, da personalidade, dos motivos e da culpabilidade, redimensionou a basilar para cinco anos e dois meses de reclusão, mantendo a valoração quanto à quantidade e à natureza das substâncias apreendidas (650 gramas de maconha, 260 gramas de cocaína e 13 gramas de crack).

A causa de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33, da Lei de Drogas, que havia sido indeferida em razão de haver indícios de que os acusados se dedicavam à atividade criminoso, foi aplicada no patamar máximo porquanto eram eles absolutamente primários e não foi comprovada a suposta dedicação mencionada. Ainda na terceira fase, foi afastado o crime

---

<sup>135</sup> Ibidem, p. 13-14.

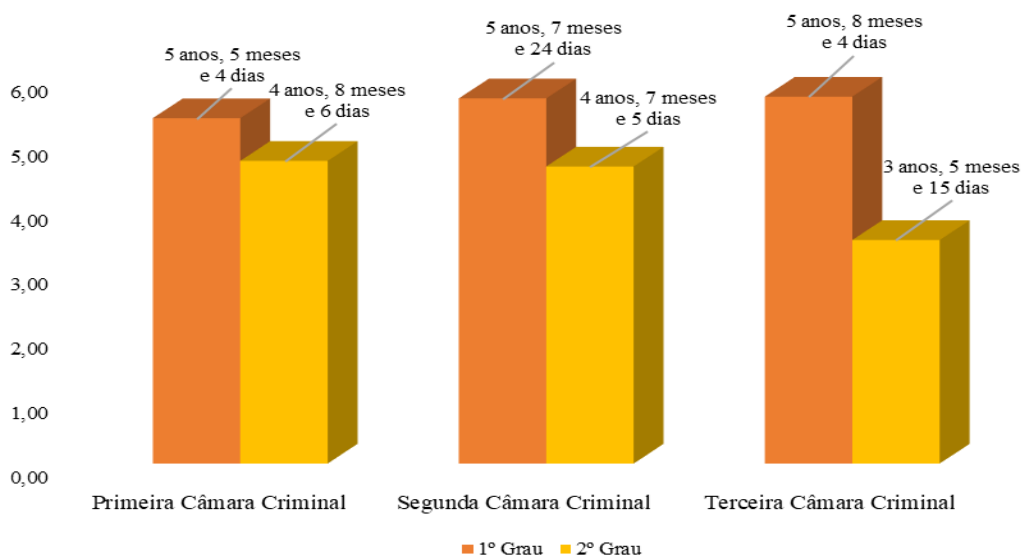
autônomo de porte ilegal de arma de fogo a fim de ser aplicada a majorante do art. 40, IV, da Lei de Drogas, isso porque o artefato foi apreendido no mesmo contexto fático da traficância.

Os acusados foram, ainda, absolvidos quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, ao fundamento de que “nenhuma investigação se realizou no sentido de demonstrar que os réus estavam previamente associados entre si, com divisão de tarefas e, principalmente, sob os requisitos da estabilidade e da permanência”<sup>136</sup>. Desse modo, a pena privativa de liberdade que havia sido fixada em dezessete anos, restou reduzida pelo Tribunal de Justiça para dois anos, três meses e dezessete dias de reclusão.

### 3.3 CONCLUSÕES SOBRE OS DADOS OBTIDOS NA PESQUISA

Os dados obtidos nas observações das penas privativas de liberdade fixadas pelos magistrados de origem e reanalisadas pelo Tribunal de Justiça apontam em um mesmo sentido nas três Câmaras Criminais. Constatou-se que a média entre as penas que chegaram ao tribunal em sede recursal resultou em um *quantum* um pouco acima do mínimo legal cominado ao crime de tráfico de drogas; e, de igual modo, em todas as Câmaras competentes para o julgamento do crime de tráfico de drogas, a média entre as penas reformadas e mantidas, ou seja, a pena definitivamente fixada após o julgamento recursal, foi menor do que a média entre as penas originárias, resultando abaixo do mínimo legal. Veja-se os resultados obtidos no gráfico:

Gráfico 4: MÉDIA ENTRE AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE FIXADAS PELO PRIMEIRO E PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO



<sup>136</sup> Ibidem, p. 11.

Observou-se que, em regra, a redução da pena fixada em primeiro grau de jurisdição decorreu de uma maior observância pelos Desembargadores das interpretações e dos entendimentos sedimentados pelas Cortes Superiores, além de um maior esforço em observar os princípios da proporcionalidade, da igualdade e do *ne bis in idem*.

Entre as três Câmaras Criminais, o que restou identificado é que a Primeira Câmara Criminal é a responsável por fixar as penas privativas de liberdade mais altas, mas que, na média, não ultrapassam as fixadas pelo primeiro grau. A Terceira Câmara Criminal, de sua vez, é a responsável por fixar as menores penas privativas de liberdade, visto que adota entendimento de que são necessárias circunstâncias especialmente relevantes e que se afastem do ordinário para fins de exasperar a pena-base; além de, em regra, deixarem de aplicar a minorante do § 4º, art. 33, da Lei de Drogas apenas em hipóteses em que o acusado ostenta condenação anterior devidamente transitada em julgado.

Quanto aos espaços de alteração, nas três Câmaras Criminais, o que se identificou foi que a terceira fase da dosimetria da pena foi a fase dosimétrica em que os magistrados entenderam por devido, com maior frequência, reformar, em alguma medida, a individualização da pena que havia sido originariamente realizada, seguindo-se pela fase inaugural.

Diante desses dados, é possível inferir que a alta incidência de reforma na última fase da dosimetria da pena decorre, em primeiro lugar, da natureza do crime analisado, que possui uma forma privilegiada em que os termos de sua incidência são de grande discussão jurisprudencial. Foi positivado pelo legislador que a causa de diminuição será aplicada “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”<sup>137</sup>, de modo que a interpretação da expressão “dedicação às atividades criminosas” fica a critério da discricionariedade do Poder Judiciário que, com certa frequência, adota as mais diversas interpretações a justificar a não aplicação do § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Para alguns julgadores, a mera existência de processos criminais em andamento em face do denunciado, sem qualquer condenação transitada em julgado, seria requisito suficiente para

---

<sup>137</sup> BRASIL. Lei n.º 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. Art. 33, § 4º. “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 06 maio, 2023.



afastar a minorante mencionada, ao argumento de que tal condição seria apta a indicar a dedicação a atividades criminosas, como ocorreu na decisão de primeiro grau reformada pela Apelação Criminal n.º 50260338620198210010<sup>138</sup>. Por outro lado, em determinados julgados, entendeu-se que a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas na ocasião do flagrante seriam indícios suficientes a indicar a suposta dedicação<sup>139</sup>.

De forma diversa, em sede de recurso repetitivo, o STJ consolidou entendimento no sentido de ser vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para impedir a aplicação do tráfico privilegiado<sup>140</sup>. Com relação à aferição da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, a Corte Superior fixou a diretriz de que eventual quantidade expressiva ou especial nocividade deve ser sopesada apenas na primeira fase da dosimetria, sendo que a sua utilização na terceira fase para o afastamento da diminuição de pena somente poderá ocorrer quando esse vetor estiver conjugado com outras circunstâncias do caso concreto, que sejam aptas a indicar a dedicação do agente à atividade criminosa<sup>141</sup>.

Vê-se, também, que a primeira fase do processo dosimétrico foi, nas decisões analisadas, frequentemente objeto de reformas. Entende-se que tal panorama decorre dos espaços abertos deixados pelo legislador para fins de quantificação da pena-base, uma vez que cabe ao julgador a sua fixação entre o mínimo e o máximo cominado ao crime imputado, observando-se o inciso I, do art. 59, do Código Penal<sup>142</sup>. O Código, contudo, não define quais

<sup>138</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50260338620198210010**. Apelante: S.D.R.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.<sup>a</sup> Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50260338620198210010&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50260338620198210010&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 08 jun., 2023.

<sup>139</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50001289220228210004**. Apelantes: Ministério Público do Estado e R.G.F. Apelados: Ministério Público do Estado, R.G.F. e I.M.F.G. Relatora: Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50001289220228210004&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50001289220228210004&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 01 maio, 2023.

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Tema Repetitivo 1139**. “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06”. Relatora: Ministra. Laurita Vaz. Brasília, 10 ago., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1139&cod\\_tema\\_final=1139](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1139&cod_tema_final=1139). Acesso em: 02 jun., 2023.

<sup>141</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial n.º 1.887.511/SP**. Recorrente: G.M.S. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 09 jun., 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001952153](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001952153). Acesso em: 03 jun., 2023.

<sup>142</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 59. “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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.” Disponível em:

elementos devem ser consideradas favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, indicando apenas a sua natureza<sup>143</sup>.

Esses espaços de discricionariedade, para fins de aferir a gravidade das circunstâncias do crime e da conduta do agente, ao mesmo tempo em que se mostram imprescindíveis para garantir a proporcionalidade da pena e a sua adequação ao caso concreto, caso mal utilizados, como diversas vezes efetivamente o são, acabam gerando penas significativamente diferentes para casos que, no contexto fático, mostram-se semelhantes.

Então, quando utilizados de forma arbitrária pelo julgador, os espaços de discricionariedade disponíveis para a fixação da pena podem gerar situações graves, em que períodos de anos de privação de liberdade separam a sanção fixada da sanção efetivamente justa e devida ao caso concreto. É por essa razão que a discricionariedade do julgador deve ser exercida dentro de limites claros e embasados em critérios objetivos, a fim de demonstrar convicção legítima e não arbitrária, haja vista que esses requisitos deverão ser observados pelas partes, advogados e membros do Ministério Público, com o propósito de identificar hipóteses de nulidade<sup>144</sup>.

Não se pode esquecer, à vista do quadro exposto, que o que se tem em risco quando se individualiza uma pena privativa de liberdade é um dos direitos mais fundamentais do ser humano, o direito de ir, vir e permanecer, previsto no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal<sup>145</sup>. Atualmente, tem-se a noção de que a punição, nos termos em que aqui analisada, provoca no ser humano reações desfavoráveis, podendo ser passível de corrompê-lo, retirando o sentimento de dignidade<sup>146</sup> e, por consequência, aumentando a sensação de não pertencimento em face da sociedade em que se encontra inserido.

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 jul., 2023.

<sup>143</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Aplicação da Pena**. 5ª ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2013. p. 68.

<sup>144</sup> FAYET, Ney. **A Sentença Criminal e suas Nulidades**: lei, doutrina, jurisprudência. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1980, p. 49.

<sup>145</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Art. 5º, inciso XV. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun., 2023.

<sup>146</sup> PIMENTAL, Manoel Pedro. **Ensaio Sobre a Pena**. Doutrinas Essenciais Processo Penal. vol. 6. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em:

[https://www.google.com/url?q=https://revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?\\_%3D167&sa=D&source=apps-viewer-frontend&ust=1688837489865885&usg=AOvVaw2cDa\\_EKDjFBLMB4\\_O921pZ&hl=pt-BR](https://www.google.com/url?q=https://revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?_%3D167&sa=D&source=apps-viewer-frontend&ust=1688837489865885&usg=AOvVaw2cDa_EKDjFBLMB4_O921pZ&hl=pt-BR). Acesso em: 20 abr., 2023, p. 01.

É nesse sentido que Cesare Beccaria defende que a melhor maneira de aplicar penas de forma proporcional seria escolhendo, dentre outros requisitos, a menos cruel no corpo do culpado, de modo que “deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”<sup>147</sup>. O critério, contudo, parece não ser o adotado de forma unânime entre os julgadores gaúchos, principalmente dentre os da primeira instância de jurisdição, haja vista as relevantes reformas realizadas nas sanções a fim de tornar as penas, em um maior grau, individualizadas, proporcionais e justas em face do caso concreto.

Em determinadas decisões, o que se constatou foi o uso de fundamentos moralizantes para fins de exasperação da pena-base. Pode-se mencionar, por exemplo, o uso da gravidade abstrata do crime do tráfico de drogas para sopesar as consequências<sup>148</sup>, sendo que, à evidência, tal requisito já foi considerado pelo legislador quando da fixação dos patamares mínimos e máximos cominados ao tipo penal. Ou, ainda, a consideração de crimes cometidos após os fatos que estão sendo processados como maus antecedentes, conforme ocorreu na decisão de primeiro grau reformada na Apelação Criminal n.º 50006762920168210166<sup>149</sup>. Também se identificou, dentre os processos analisados, a elevação da pena-base em decorrência da quantidade e da natureza das substâncias em hipótese em que apreendidos 0,7 grama de cocaína e 1,20 grama de maconha<sup>150</sup>, a partir do que se questiona, se, nesse caso, o aumento fosse devido, em quais casos não o seria?

Quando os fundamentos não são arbitrários, muitas vezes os patamares utilizados para o aumento da pena-base o são. Nesse sentido é possível mencionar a Apelação Criminal n.º

<sup>147</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. rev., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

<sup>148</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50005274520218210073**. Apelante: T.L.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 9 maio, 2023.

<sup>149</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50006762920168210166**. Apelante: F.J.G. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50006762920168210166&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50006762920168210166&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 25 maio, 2023.

<sup>150</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50018311020228210020**. Apelante: A.M.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50018311020228210020&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50018311020228210020&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 28 maio, 2023.

50035836320228210037<sup>151</sup>, em que a pena-base havia sido exasperada pelo juízo de origem em quinze meses diante da valoração negativa de um único vetor, qual seja: a quantidade e natureza da substância apreendida (25 gramas de cocaína), o que, em verdade, nem sequer foge das circunstâncias ordinárias do tráfico.

É em decorrência das circunstâncias evidenciadas que o professor José Antônio Paganella Boschi defende a ideia de que o magistrado “não é livre para escolher qualquer pena, ou para mensurá-la na quantidade que bem entender, subordinado só aos limites cominados em abstrato”<sup>152</sup>, no sentido de que os limites abstratos previstos no tipo penal não são os únicos parâmetros a serem observados, uma vez que o julgador só está autorizado a exercer a sua discricionariedade quando em observância a parâmetros que são proporcionais ao caso.

Adotando-se como objetivo a busca de um equilíbrio entre a individualização da pena e a garantia de um tratamento justo e igualitário para casos semelhantes, pode-se identificar que os dados coletados demonstram, ainda que parcialmente, que os Desembargadores das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça se encontram nesse caminho. Ainda que seja possível identificar julgados em que o uso da discricionariedade acaba por alcançar a arbitrariedade, de modo geral, é plausível defender que o segundo grau de jurisdição tem buscado cumprir a função de aplicar penas proporcionais que estejam em conformidade com entendimentos consolidados das Cortes Superiores e com os princípios inerentes à aplicação da pena.

Não se pode deixar de mencionar, no entanto, que os breves resultados aqui obtidos representam uma visão limitada da realidade, que pode não se mostrar tão abrangente como se gostaria, dado que traduzem os posicionamentos da atual composição das Câmaras baixas do Tribunal de Justiça gaúcho, sujeita a variações ao longo do tempo. Mas, mais do que explorar a posição singular de eventuais julgadores, buscou-se trazer à discussão as formas e os fundamentos utilizados para a individualização das penas privativas de liberdade, com a intenção de se refletir acerca dos significativos impactos que podem decorrer do mau uso da discricionariedade por parte dos julgadores.

---

<sup>151</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50035836320228210037**. Apelante: J.B.V. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50035836320228210037&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50035836320228210037&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 30 maio, 2023.

<sup>152</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do método de aplicação da pena por meio do processo dosimétrico conjuntamente com as decisões proferidas pelos magistrados gaúchos, é possível depreender que as fases que dispõem de um maior espaço ao exercício da discricionariedade pelo julgador se traduzem tanto na primeira como na terceira fase da dosimetria. Em relação à fase inicial, pode-se dizer que os critérios de fixação da pena-base, previstos no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei de Drogas, não ostentam parâmetros objetivos para a sua incidência, de modo que a identificação de quais circunstâncias seriam aptas a viabilizar uma sanção mais gravosa ao condenado se torna uma função do próprio Poder Judiciário. Aliado a isso, não se tem positivado o patamar de pena que deveria ser utilizado diante da valoração negativa ou positiva de cada uma das circunstâncias, ficando essa delimitação também a cargo da jurisprudência.

É por essa razão que a exasperação de determinada circunstância na pena-base deve observar critérios mínimos, com o objetivo de evitar penas arbitrárias em que não se tem uma fundamentação idônea a justificar o aumento, situação que se faz presente nos casos em que os argumentos utilizados não são amparados em elementos do caso concretos e, ainda assim, levam ao agravamento da pena-base. Como exemplo, foram identificadas hipóteses em que elementos do próprio tipo penal (que já foram sopesados pelo legislador na cominação dos limites abstratos) foram utilizados para sopesar a pena; ou, ainda, circunstâncias que se traduzem na própria imputabilidade do agente. Sendo assim, a fundamentação de cada um dos aumentos e reduções levados a efeito é requisito necessário a viabilizar um controle da discricionariedade judicial.

Por outro lado, também se constatou o uso indevido da discricionariedade nas diversas controvérsias que permeiam a incidência da figura conhecida como tráfico privilegiado. Ainda que essas controvérsias tenham sido, em tese, solucionadas pelas Cortes Superiores, foram frequentes as situações em que se identificou a negativa da aplicação da minorante com justificativas não idôneas, como a existência de processos em curso em face do acusado ou até pela quantidade e pela natureza das substâncias apreendidas em seu poder.

Ao tempo em que os dados da presente pesquisa ainda não haviam sido coletados, a hipótese era a de que a fase inaugural do processo dosimétrico seria a responsável por ocasionar as maiores arbitrariedades durante a individualização. Contudo, a pesquisa demonstrou que, em relação ao crime de tráfico de drogas, a terceira fase foi a que sofreu maiores índices de reformas em todas as Câmaras Criminais do Tribunal, isso porque a aplicação do § 4º, art. 33, da Lei de Drogas, que busca reduzir a sanção daquele conhecido como “pequeno traficante”, é

reiteradamente indeferida pelos magistrados, mesmo nas hipóteses em que não se está diante de indícios de dedicação a atividades criminosas.

A negativa, que nas apelações criminais analisadas foi por muitas vezes reformada, pode ser explicada pelo estigma social em relação ao crime em análise e pela concepção de que deveria ele ser severamente punido, ainda que em inobservância à legislação pertinente. Contudo, para evitar essa intervenção estatal que se revela de forma arbitrária, bem como para minimizar os danos causados pela repressão e pela seletividade estrutural do sistema penal, demonstrou-se de extrema importância a adoção de critérios limitadores, como a observância de entendimentos jurisprudenciais consolidados e de princípios que regem a aplicação da pena.

Por meio das decisões analisadas, foi possível verificar, na prática, os impactos da utilização da discricionariedade de forma arbitrária. Os dados referentes às penas privativas de liberdade fixadas pelos magistrados de origem e reanalisadas pelo Tribunal de Justiça apontam em um mesmo sentido nas três Câmaras Criminais: a média entre as penas que chegaram ao tribunal em sede recursal resultou em um *quantum* um pouco acima do mínimo legal cominado ao crime de tráfico de drogas. E, em todas as Câmaras competentes para o julgamento do crime de tráfico de drogas, a média entre as penas reformadas e mantidas, ou seja, a pena definitivamente fixada em sede de julgamento recursal, foi menor do que a média entre as penas originárias, resultando abaixo do mínimo legal de cinco anos.

Entre as Câmaras Criminais, verificou-se que a Primeira Câmara é a responsável por fixar as penas privativas de liberdade mais altas, mas que, na média, não ultrapassam as fixadas pelo primeiro grau. Enquanto a Terceira Câmara, por sua vez, fixou as menores penas privativas de liberdade, visto que adota entendimentos mais restritivos para a elevação da pena-base e para as hipóteses de impedimento da minorante de que trata o § 4º, art. 33, da Lei de Drogas. Por consequência, a contraposição entre os colegiados e entre esses e o primeiro grau, evidencia que, mesmo se estando diante de situações concretas semelhantes, o tempo de privação de liberdade pode vir a sofrer alterações a depender do julgador designado como competente.

Com efeito, à vista dos fundamentos arbitrários explanados durante o desenvolvimento da presente pesquisa, depreende-se que deixar determinados critérios a uma livre interpretação do Poder Judiciário, desvinculada de parâmetros mínimos, pode conduzir a distintas condenações para casos semelhantes. Não se pode esquecer, no entanto, que, quando se individualiza uma pena privativa de liberdade, o que se tem em risco é um dos direitos mais fundamentais do indivíduo; e, para além da restrição à liberdade, a reclusão também pode resultar em problemas de saúde física e mental, limitações educacionais, impactos nas relações

sociais e estigmas diversos, ou seja, na preservação da dignidade enquanto ser humano.

Cabe ressaltar que, dentre as apelações criminais submetidas a julgamento perante o Tribunal de Justiça, 47,40% das penas questionadas perante a Primeira Câmara Criminal foram por ela reformadas; 77,50% das dosimetrias que chegaram pela via recursal à Segunda Câmara foram, em alguma extensão, alteradas; e, em 82,82% das apelações julgadas perante a Terceira Câmara, entendeu o colegiado pela necessidade de reforma da sanção originariamente fixada. Esses números demonstram a importante função que tem sido exercida pelo segundo grau de jurisdição na correção de irregularidades quando da aplicação da pena; por outro lado, também fazem surgir a inquietação quanto ao enorme prejuízo daqueles condenados em primeiro grau que deixam de se insurgir pela via recursal quanto aos aspectos atinentes ao apenamento.

Por conseguinte, a pesquisa levada a efeito, indica, ainda que parcialmente, que, não obstante os Desembargadores das Câmaras Criminais do Tribunal estejam corrigindo desproporcionalidades proferidas pelos juízes de primeiro grau, a questão enfrentada merece reflexão. Ainda há um longo caminho a ser percorrido para reduzir o uso indevido da discricionariedade e os seus impactos na vida dos condenados. Apesar de longo, o caminho se mostra necessário, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, para se proteger direitos fundamentais e a dignidade dos acusados, é função do Direito Penal garantir a previsibilidade e a proporcionalidade na aplicação das penas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADALBERTO, José Q. T. de Camargo Aranha. **Da prova no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

AFLEN, Pablo Rodrigo da Silva. **Inconstitucionalidade do artigo 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao *Ne bis in idem* e violação à proibição de excesso**. Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.º 24, p. 51-61, nov./dez. 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/645>. Acesso em: 17 jul., 2023

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da Pena**. 5ª ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Aplicação da Pena**. 5ª ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: Parte Geral**. Tradução do espanhol da 2ª ed. Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999. São Paulo: Malheiros, 1998.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. rev., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BICUDO, Tatiana V. **Por que punir?** Teoria Geral da Pena. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502616721. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616721/>. Acesso em: 16 jul., 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. ISBN 9788553615704. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615704/>. Acesso em: 30 jul., 2023.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5ª ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Pena Privativa de Liberdade** (Passado, Presente e Futuro). Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, vol. 11, n.º 44, 2008.

FAYET, Ney. **A Sentença Criminal e suas Nulidades: lei, doutrina, jurisprudência**. 4ª ed.



Porto Alegre: Síntese, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GALVÃO, Fernando. **A Culpabilidade como Fundamento da Responsabilidade Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 707, 1994.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Sobre a Dosimetria da Pena Privativa de Liberdade** (p. 459-463). In Proner, Carol; Cittadino, Gisele; Ricobom, Gisele; e Dornelles, João Ricardo (Orgs.). *Comentários a uma Sentença Anunciada: O processo Lula*. 1ª ed. Bauru, São Paulo: Canal 6, 2017.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas anotada**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas - Comentada - artigo por artigo**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. *E-book*. ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4559-6/>. Acesso em: 19 jul., 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIMENTAL, Manoel Pedro. **Ensaio Sobre a Pena**. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Vol. 6. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: [https://www.google.com/url?q=https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?%3D167&sa=D&source=apps-viewer-frontend&ust=1688837489865885&usg=AOvVaw2cDa\\_EKDjFBLMB4\\_O921pZ&hl=pt-BR](https://www.google.com/url?q=https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?%3D167&sa=D&source=apps-viewer-frontend&ust=1688837489865885&usg=AOvVaw2cDa_EKDjFBLMB4_O921pZ&hl=pt-BR). Acesso em: 20 abr., 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. em *E-book*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: [https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98829364%2Fv11.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=737e928a1af17d1716e301225fc8a108&eat=er\\_mark\\_1&pg=&ppl=e&nvgS=true&tmp=573](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F98829364%2Fv11.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=737e928a1af17d1716e301225fc8a108&eat=er_mark_1&pg=&ppl=e&nvgS=true&tmp=573). Acesso em: 03 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores Criminais Geral e por Município**, 2023. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-criminais>. Acesso em: 28 jul., 2023.

ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da Pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616196. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616196/>. Acesso em: 27 jul., 2023.

ROSSETTO, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. ISBN 9788522492657. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 19 jul., 2023.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Cálculo da Pena e o Dever de Motivar**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim, vol. 6, 1994.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Audiência pública reúne entidades para debater súmula que impede penas abaixo do mínimo legal**. Brasília, 17 maio, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17052023-Audiencia-publica-reune-entidades-para-debater-sumula-que-impede-penas-abaixo-do-minimo-legal.aspx>. Acesso em: 01 jul., 2023.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: Parte Geral. 1ª ed, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas**: crimes, investigação e processo. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**, *in*: Revista Cej. Brasília, 01 jan., 1999, p. 5-8 il. vol. 3, n.º 7.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: **Um conceito do Direito Penal Autoritário**, *in*: Livro de Estudos Jurídicos, (6). BUSTAMANTE, Ricardo e TUBENCHLAK, James (coords.). Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun., 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 jul., 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 05 maio, 2023.

BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 06 maio, 2023.

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 23 jul., 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 10 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 2.120.306/RN**. Agravante: A.L.D.A. Agravado: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 21 jun., 2022. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202201339030](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202201339030). Acesso em: 19 maio, 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n.º 1.617.439/PR**. Agravante: M.L.F. Agravado: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornick. Brasília, 22 set., 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201903339653](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201903339653). Acesso em: 26 ago., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.950.370/RN**. Agravante: J.A.C.P. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, 30 maio, 2023. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquis>

[a=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202102278984](#). Acesso em: 15 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 765.960/RJ**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: T.C.C. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 15 maio, 2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202202656023](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202202656023). Acesso em: 17 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 625.076/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: E.N.O. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 15 nov., 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202002981860](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002981860). Acesso em: 19 maio, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus n.º 279.605/AM**. Impetrante: S.M.F. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 09 jun., 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201303452315](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303452315). Acesso em: 03 ago., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus n.º 84.609/SP**. Impetrante: M.F.T. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 04 fev., 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200701324100](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200701324100). Acesso em: 01 maio, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial n.º 1852049/RN**. Recorrente: Ministério Público do Estado. Recorrido: M.L.G.S. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 20 out., 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201903103091](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201903103091). Acesso em: 13 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Especial n.º 1.972.098/SC**. Recorrente: Ministério Público do Estado. Recorrido: M.R.L. e S.V.M.K. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 14 jul., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202103697907](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103697907). Acesso em: 22 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 691.243/SP**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: L.L.S. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 15 fev., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202102833000](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202102833000). Acesso em: 30 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 584.089/PR**. Agravante: M.A.T.A.P. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 15 set., 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001226100](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001226100). Acesso em: 30 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n.º 216.776/TO**. Impetrante: R.M.A. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 14 maio, 2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201102014553](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201102014553). Acesso em: 21 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n.º 514.032/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 25 jun., 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201901617698](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201901617698). Acesso em: 18 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n.º 585.053/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 18 ago., 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001264507](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001264507). Acesso em: 18 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial n.º 1.622.781/MT**. Recorrente: Ministério Público do Estado. Recorrido: J.V.A.S. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 22 out., 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201602267520](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602267520). Acesso em: 27 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Conflito de Competência n.º 45.839/PR**. Suscitante: Juízo Federal da Vara de Guarapuava – SJ/PR. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Guarapuava/PR. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 22 set., 2004. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200401112896](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200401112896). Acesso em: 05 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Proposta de Afetação no Recurso Especial n.º 2.031.971/SP**. Recorrente: A.C. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 14 mar., 2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202201998820](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202201998820). Acesso em: 29 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial n.º 1.794.854/DF**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Brasília, 23 jun., 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201900355571](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900355571). Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Recurso Especial n.º 1.887.511/SP**. Recorrente: G.M.S. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 09 jun., 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202001952153](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001952153). Acesso em: 03 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 231**. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Brasília, 15 out., 1999. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf). Acesso em: 21 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 241**. “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” Brasília, 23 ago., 2000. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf). Acesso em: 21 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 444**. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Brasília, 28 abr., 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=444&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=trua&tp=P>. Acesso em: 09 jul., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 607**. “A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n.º 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27607%27.num.&O=JT>. Acesso em: 28 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 630**. “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”. Brasília, 24 abr., 2019. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/download/5060/5186?\\_\\_cf\\_chl\\_tk=tPoww53IRjvJabxjMLMWCzXWTgUlcEv0zcEfElyoMqo-1691625505-0-gaNycGzNDfs](https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/download/5060/5186?__cf_chl_tk=tPoww53IRjvJabxjMLMWCzXWTgUlcEv0zcEfElyoMqo-1691625505-0-gaNycGzNDfs). Acesso em: 18 jun., 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Tema Repetitivo 1139**. “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06”. Relatora: Ministra. Laurita Vaz. Brasília, 10 ago., 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1139&cod\\_tema\\_final=1139](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1139&cod_tema_final=1139). Acesso em: 02 jun., 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n.º 593818**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 18 ago., 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160>. Acesso em: 27 jul., 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n.º 453000**. Recorrente: V.S.L. Recorrido: Ministério Público do Estado. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 abr., 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2282540>. Acesso em: 02 ago., 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso**

**Extraordinário com Agravo n.º 666.334.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 abr., 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5787604>. Acesso em: 09 jul., 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 177.351/SP.** Agravante: C.E.B.S. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 29 nov., 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5799306>. Acesso em: 19 jul., 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 177.629/MG.** Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: J.A.S. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 nov., 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5803404>. Acesso em: 04 ago., 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus n.º 118.533.** Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 23 jun., 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>. Acesso em: 03 jul., 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50032712320198210157.** Apelante: Ministério Público do Estado e W.S. Apelado: Ministério Público do Estado e W.S. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 09 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50032712320198210157&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50032712320198210157&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 23 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50020751620228210059.** Apelantes: M.E.M.S. e M.G.L. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50020751620228210059&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50020751620228210059&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 23 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50064703520218210011.** Apelante: R.S.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50064703520218210011&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50064703520218210011&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 01 jun, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50291284920228210001.** Apelante: A.A.S.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 09 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50291284920228210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50291284920228210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true)

Ode%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\_fonetica=1&tipo=1&id\_comarca=700&num\_processo\_mask=&num\_processo=50291284920228210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 01 jun, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50007571320228210054**. Apelante: J.F.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50007571320228210054&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50007571320228210054&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 22 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50001289220228210004**. Apelantes: Ministério Público do Estado e R.G.F. Apelados: Ministério Público do Estado, R.G.F. e I.M.F.G. Relatora: Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50001289220228210004&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50001289220228210004&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 01 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara). **Apelação Crime n.º 50006762920168210166**. Apelante: F.J.G. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Juíza convocada Andréia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50006762920168210166&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50006762920168210166&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 25 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50169964120198210008**. Apelante: M.L.S.O. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.<sup>a</sup> Viviane de Faria Miranda. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50169964120198210008&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50169964120198210008&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 16 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50016575520228210002**. Apelante: V.S.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.<sup>a</sup> Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50016575520228210002&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50016575520228210002&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 16 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50005274520218210073**. Apelante: T.L.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true).



Ode%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\_fonetica=1&tipo=1&id\_comarca=700&num\_processo\_mask=&num\_processo=50005274520218210073&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 9 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50032055020218210035**. Apelante: L.E.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.<sup>a</sup> Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50032055020218210035&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50032055020218210035&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 09 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50260338620198210010**. Apelante: S.D.R.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relatora: Des.<sup>a</sup> Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50260338620198210010&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50260338620198210010&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 08 jun., 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara). **Apelação Crime n.º 50035836320228210037**. Apelante: J.B.V. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 27 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50035836320228210037&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50035836320228210037&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 30 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50021323520218210070**. Apelantes: Ministério Público do Estado e J.C.H. Apelados: Ministério Público do Estado e J.C.H. Relatora: Des.<sup>a</sup> Jane Maria Köhler Vidal. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50021323520218210070&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50021323520218210070&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 05 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50186547220218210027**. Apelante: P.S.D. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Rinez da Trindade. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50186547220218210027&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50186547220218210027&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 29 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50029690720218210033**. Apelante: E.L.L.E. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Luciano André Losekann. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50029690720218210033&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50029690720218210033&codEmenta=7706337&temIntTeor=true).

[https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50029690720218210033&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50029690720218210033&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 21 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50031847920218210001**. Apelante: L.M.G.F. e V.R.S. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Luciano André Losekann. Porto Alegre, 22 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50031847920218210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50031847920218210001&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 21 maio, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Apelação Crime n.º 50018311020228210020**. Apelante: A.M.C. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 23 mar., 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=50018311020228210020&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50018311020228210020&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 28 maio, 2023.