

**UNIVERSIDADE BRASIL
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CAMPUS DESCALVADO-SP**

ALDRY AMBROSI

**ANÁLISE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA NATUREZA E
QUANTIDADE DA DROGA NA DOSIMETRIA DA PENA**

**DESCALVADO
2023**

**UNIVERSIDADE BRASIL
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANÁLISE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA NATUREZA E
QUANTIDADE DA DROGA NA DOSIMETRIA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Universidade Brasil como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof.º Dr. Enderson Danilo Santos de Vasconcelos
Orientador

ALDRY AMBROSI

**ANÁLISE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA NATUREZA E
QUANTIDADE DA DROGA NA DOSIMETRIA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação apresentado à Universidade
Brasil, como parte dos requisitos necessários
para obtenção do título de Bacharel em
Direito

Descalvado, ____ de _____ de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Enderson Danilo Santos Vasconcelos (Orientador)

Prof. Dr. Marcelo Luiz Seixas Cabral (Examinador)

Prof. Dr. Luiz Carlos Vick Francisco (Examinador)

Ambrosi, Aldry

A531a Análise da circunstância judicial da natureza e quantidade da droga na dosimetria da pena / Aldry Ambrosi. – Descalvado: Universidade Brasil, 2023.

57f. ; 29,5cm.

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora da Universidade Brasil - Campus Descalvado, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Enderson Danilo Santos Vasconcelos.

1. Individualização da pena. 2. Dosimetria da pena. 3. Natureza.
4. Quantidade da droga. I. Título.

CDD 347.81077

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me manter com fé e força e por me inspirar a nunca desistir perante os desafios e inseguranças de todos esses anos. Um agradecimento especial aos meus pais, pela coragem, força e paciência nessa trajetória, por nunca deixarem faltar nada e me proporcionarem essa experiência incrível de formação e trajetória jurídica. Agradeço a toda minha família, irmãos e amigos por sempre estarem presente nessa grande jornada.

Agradeço aos mestres da Universidade Brasil de Descalvado, que dedicaram seu tempo e esforço para transmitir todo o seu conhecimento sobre o universo jurídico durante esses cinco anos.

Dedico uma enorme gratificação ao professor Juiz Dr. Enderson Danilo Santos de Vasconcelos, pela total atenção e dedicação, ampliando meus estudos pela pesquisa na qual me dediquei com muito vigor. Foi uma honra compartilhar ideias, conhecimentos e tê-lo como meu orientador neste presente trabalho.

Agradeço ainda ao Dr. Júlio Cesar Pinheiro, grande profissional e amigo, por toda ajuda e ensinamentos.

Por fim, um enorme agradecimento aos meus colegas de faculdade, futuros grandes juristas, pessoas que guardarei para sempre na memória.

“A força vem da vitória. Seus esforços desenvolvem suas forças. Quando você enfrenta dificuldades e decide não se entregar, isso é força”.

— Arnold Schwarzenegger

RESUMO

Os princípios constitucionais são os pontos mais importantes de todo o sistema normativo, já que estes são os alicerces sobre os quais se constrói o ordenamento jurídico, levando a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis a interpretação constitucional, ao apresentar todos os princípios que geram o processo penal. Em sequência, entraremos em um estudo profundo dentro da individualização da pena, a fim de evitar padronização à sanção penal, sendo apresentadas três etapas individualizadoras. Mas especificamente o presente trabalho tem por objetivo central a dosimetria da pena - sistema trifásico constituído por Nelson Hungria, no qual adotamos as três fases de fixação da pena em correlação com a circunstância judicial. Em se tratando de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser utilizada a regra do artigo 42 do Código Penal em conjunto com o artigo 59 do mesmo código, fazendo com que haja adição de algumas circunstâncias como a natureza e quantidade da droga dentro da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Individualização da pena. Dosimetria da pena. Natureza. Quantidade da droga.

ABSTRACT

The constitutional principles are the most important topics of the whole normative system, due to the fact that they already are the foundation of the legal system, leading to discover or systematize its own cast of applicable principles to the constitutional interpretation when it shows all the principles that guide the criminal procedure. In sequence, it will enter into a profound study of the individualization of punishment, by the presentation of three individualizing stages. This specific project aims the pen dosimetry – a triphasic system developed by Nelson Hungria, in which we adopt the three phases of the pen fixation related with the legal circumstance. When approached the illegal traffic crimes, the rule predicted by the 42 article of the Penal Code must be used along with the 59 article of the same code, adding some circumstances as the nature and amount of the drug inside the jurisprudence.

KEYWORDS: individualization of punishment. Pen dosimetry. Nature. Amount of drug.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
1.1 Princípios da legalidade	13
1.2 Extra-atividade da lei penal benéfica	15
1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	16
1.4 Princípio da proporcionalidade da pena	17
1.5 Princípio da presunção de inocência	20
1.6 Princípio da individualização da pena	21
2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA IMPORTÂNCIA NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	23
2.1 Individualização da pena na fase legislativa	24
2.2 Individualização da pena na fase judicial	25
2.3 Individualização da pena na fase executória	26
2.4 Princípios norteadores da aplicação da pena	26
3 DOSIMETRIA DA PENA – SISTEMA TRIFÁSICO	29
3.1 PRIMEIRA FASE – A PENA-BASE	30
3.1.1 Circunstâncias judiciais – Artigo 59 do Código Penal	32
3.2 SEGUNDA FASE – FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA	36
3.2.1 Agravantes Preponderantes	37
3.2.2 Atenuante preponderante – menoridade relativa	37
3.2.3 Atenuantes preponderantes artigo 65 do Código Penal	39
3.2.4 Atenuantes inominadas artigo 66 do Código Penal	40
3.3 TERCEIRA FASE – FIXAÇÃO DA PENA DEFINITIVA	40
3.3.1 Majorantes	40
3.3.2 Minorante	42
4 CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA	43
4.1 O Artigo 42 da Lei 11.343/06	45
4.2 Conceito de natureza e quantidade da droga	46
4.3 Análise interpretativa da jurisprudência quanto à natureza e quantidade da droga	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Assunto de crucial importância ao estudo do direito penal e da criminologia, as drogas ilícitas são sempre objeto de uma série de debates acerca de sua responsabilidade na questão do aumento da violência, tráfico e consumo próprio, também considerados delitos, ainda mais com a presunção, muitas vezes aplicada pelas autoridades policiais e pelos órgãos de acusação.

Foi promulgada a Lei 11.343/06, que, substituindo as Leis 6.368/76, e 10.409/02, estabelece o novo regramento no que toca ao sistema de políticas públicas sobre drogas ilícitas, tratamento de dependentes, tipificação das condutas consideradas como crime envolvendo narcóticos e a respectiva cominação de penas, bem como define procedimentos de investigação e da ação penal contra o agente que responde pelos delitos previstos nesta legislação.

O presente trabalho versa principalmente sobre as questões previstas na Lei 11.343/06 no que tange ao princípio da individualização da pena. Na primeira parte do trabalho, serão analisados os conceitos dos princípios constitucionais que regem o processo penal, fazendo uma abordagem crítica que valoriza a relevância da temática tratada no ordenamento jurídico. Contudo, após a reforma de 1984, tem-se que a individualização da pena, isto é, a aplicação da sanção penal, deve ocorrer em três fases, o que se denomina a fase legislativa, judicial e executória. Ocorre que atribuir uma quantidade de pena (como número objetivo) a fatos subjetivos e complexos, tais como os delitos criminais, é tarefa que não pode ser, pela sua própria natureza, meramente mecânica ou exclusivamente matemática, sob pena de não se dar um tratamento único a casos irrepetíveis. Sendo assim, o legislador, acertadamente, disponibiliza ao julgador determinadas possibilidades de fazer melhor juízo individualizante considerando as peculiaridades do caso concreto dentro do seu poder discricionário.

Em seguida, serão abordadas as três fases da dosimetria da pena. Ressalta-se aqui a escassa bibliografia acerca do tema em comparação com a sua relevância, de modo que a exposição do método trifásico cumpre nos tradicionais manuais de Direito Penal. O método dosimétrico será analisado em sua aplicação prática, mediante pesquisa jurisprudencial, com o objetivo de verificar o quanto a jurisprudência se aproxima da doutrina. Pretende-se, assim, cumprir com o objetivo primordial da pesquisa, qual seja, identificar os limites entre a discricionariedade e a arbitrariedade,

a fim de que sejam propostas, em sede conclusiva, as possibilidades de tornar o método dosimétrico menos exposto a impulsos judiciais que venham a contrariar os princípios e as finalidades do Direito Penal.

Na terceira e última parte, serão apresentadas a circunstância judicial da natureza e quantidade da droga aplicadas no artigo 42 do Código Penal em correlação ao artigo 59 na dosimetria da pena, denominando sua distinção e a interpretação de modo aplicável dentre elas na jurisprudência.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes de iniciar o estudo sobre os princípios que regem nosso ordenamento jurídico, é imprescindível discorrer acerca da Constituição vigente, de modo a fazer uma análise sobre seu conceito, objeto e eficácia. Nesse contexto, poderemos compreender a supremacia constitucional sobre as demais normas.

A doutrina passa a desenvolver, a partir do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Os princípios constitucionais são os pontos mais importante de todo o sistema normativo, já que estes são os alicerces sobre os quais se constrói o Ordenamento Jurídico. Considerando Canotilho (1999, p. 1073) que conceitua a Constituição como um “conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito”:

A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros atos com valor legislativo presentes na ordem jurídica (CANOTILHO, 1999, p. 1074).

Canotilho ainda define o constitucionalismo como uma:

(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização Político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política tal como a teoria da democracia ou da teoria do liberalismo.

Assim, para Lenza (2020):

(...) as especificidades das normas constitucionais (...) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalístico da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

A constituição atual refere-se a um instrumento normativo fundamental que, sob a perspectiva sociopolítica, conforma a vida social, estabelece os objetivos estatais

de maior relevância, circunscreve a tripartição dos Poderes, as funções típicas e atípicas deles, os meios de se exercer a cidadania de forma ativa e passiva; refere-se, sem exaurir, aos direitos e garantias fundamentais, mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas. A partir desse ponto de vista, os princípios constitucionais buscam fornecer ao Estado e às suas formas políticas uma série de definições e características, assim como ilustra Silva (2008):

[...] princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado [...] princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes [...] princípios relativos à organização da sociedade [...] princípios relativos ao regime político [...] princípios relativos à prestação positiva do Estado [...] princípios relativos à comunidade internacional (SILVA, 2008, p.94).

No caso de pluralidade de sentidos, segundo NUNES (2002, p. 37), a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitar uma relevância com o princípio que lhe for mais próximo, bem como descreve que o intérprete deve se atentar aos princípios como sendo norteadores de todo o sistema jurídico brasileiro, pois “Nenhuma interpretação será tida por jurídica se atritar com um princípio constitucional”. Nesse diapasão, leciona ATALIBA (2001: 6-7):

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)”. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001)

Partindo então da ideia de que todo Estado deva possuir uma constituição, analisa-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora do antigo regime. Serão analisados em um próximo tópico os mais importantes princípios constitucionais que regem o processo penal, não com o objetivo de exaurir toda a matéria relativa ao tema, mas tendo como principal interesse dirimir eventuais dúvidas, fazendo uma abordagem crítica valorizando a relevância da temática tratada no processo penal e no ordenamento jurídico.

1.1 Princípios da legalidade

No direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade foi consagrado desde a Constituição Imperial, de 1824, cujo art. 179, I, já determinava que “nenhum cidadão

pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei". Gilmar Ferreira Mendes, em comentário ao art. 5º, II, da atual Constituição, ensina que

No primeiro quartel do século XIX, a Constituição Imperial de 1824 incorporou o postulado liberal de que todo o direito deve expressar-se por meio de leis. Essa ideia inicial de '*império da lei*', originada dos ideários burgueses da Revolução Francesa, buscava suas fontes inspiradoras no pensamento Iluminista, principalmente em Rousseau, cujo conceito inovador na época trazia a lei como norma geral e expressão da vontade geral (vontade general), acrescentando o instrumento essencial de proteção dos direitos dos cidadãos.

Legalidade tem o significado político de constituir uma garantia individual, prevista na Constituição Federal, bem como quer dizer, no campo jurídico, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (sentido amplo) e não há crime sem lei que o defina, nem pena sem lei que a comine (sentido estrito ou jurídico-penal). A Anterioridade significa que a lei penal incriminadora deve ser criada antes da prática da conduta que se busca punir, assegurando eficácia ao princípio da legalidade. O princípio é cordial da própria noção de Estado Democrático de Direito, afinal, se somos um Estado regidos por leis, que assegura a participação democrática, consequentemente deveria mesmo ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar sua vontade com liberdade, longe de empecilhos. Sendo assim, nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei, verdadeiramente uma garantia dada pela Constituição Federal a todo e qualquer particular.

Importa ressaltar que cabe única e exclusivamente à União Federal legislar sobre matéria penal. A Constituição Federal de 1988 aponta essa atividade privativa em seu artigo 22, inciso I, bem como abre a possibilidade aos Estados Federados de legislarem sobre questões específicas das matérias ali arroladas, segundo consta no parágrafo único do artigo:

Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:
I - Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo (BRASIL, 1988).

Nesta norma jurídica penal, a Constituição atual consagrou o princípio à jurisdição dos “direitos e garantias fundamentais”, instituído no art. 5º, XXXIX, *verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sobre a função da reserva legal enquanto garantidora de liberdades individuais, Assis Toledo Assevera:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. (TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. Ed São Paulo: Saraiva, 1994. p.21.)

O renomado filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (1788), no século XVIII, já defendia o Estado Constitucional como o modelo de estado ideal, pois apresentava somente: a divisão dos poderes, os direitos fundamentais e a soberania e a democracia representativa. Entretanto, não há como falar no princípio da legalidade sem citar o artigo 5, inciso XXXIX, da Constituição da República que afirma que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Não restam dúvidas que, ao se estudar crimes e aplicação de penas, têm-se já presente a garantia de estarem prescritos em lei. Aos cidadãos a certeza de que não serão processados e muito menos condenados por algo que não está tipificado em lei. No caso de tráfico de drogas, estão elencadas as condutas atualmente na lei 11.343/2006 do Código Penal.

1.2 Extra-atividade da lei penal benéfica

A mobilidade da lei penal no tempo em favor do réu somente é viável entre a data do fato e a extinção da punibilidade, o que significa que a lei penal pode ser aplicada a fato ocorrido fora da sua época de vigência, dividindo-se em dois aspectos: retroatividade e ultratividade. Retroatividade são situações ligadas ao fato, retroagindo no tempo, leis novas surgidas após a prática do crime. A ultratividade constitui, do ponto de vista da sentença, leis já revogadas que vigoraram à data do delito em favor do acusado.

Em prática, enfocando na data do fato criminoso que a lei 1 seja a mais favorável, aplica-se a regra geral *tempus regit actum*: é a aplicação da lei vigente à

época dos fatos). Caso a lei 2 for mais promissora, aplica-se a retroatividade benéfica, dada a sequência na sentença até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena ou outra causa qualquer. Já na data da sentença pelo fato a lei 1 aplica-se a ultratividade benéfica, encaminhando para a sentença, onde estabelece a regra geral *tempus regist actum*, passando para a extinção da punibilidade.

1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem um valor moral que se refere à garantia das necessidades de cada indivíduo. Com o desenvolvimento da convivência entre o ser humano e a sociedade, surgiram Estados, normas, regras e direitos, ou seja, um valor intrínseco como um todo. Canotilho (1999) destaca esse princípio como um valor supremo moral e ético inerente a cada homem:

A Dignidade da Pessoa Humana se refere ao valor supremo moral e ético, que leva consigo a síntese de todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. É o mínimo inviolável, invulnerável, do indivíduo, que deve estar presente em todos os estatutos jurídicos. A dignidade da pessoa humana significa [...] o reconhecimento *do homo noumenon*, ou seja, o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República (CANOTILHO, 1998, p. 221).

Já na concepção de Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional”, tal princípio “*concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas*”. Conceituando a dignidade como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017)

André Ramos Tavares explica que não é uma tarefa fácil conceituar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, aponta a explicação de tal princípio nas palavras de Werner Maihofer:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a

afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.)

E por fim, Ana Paula de Barcellos, explica que:

A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”. (BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019).

Para Mirabete (1997), ainda que o condenado tenha cometido alguma atrocidade ele continua sendo uma pessoa e, portanto, devem ser conservados os direitos e deveres reconhecidos a todos os cidadãos pelas normas jurídicas vigentes, “com exceção, naturalmente, daqueles cuja privação ou limitação constituem precisamente o conteúdo da pena imposta”. Aqui cabe salientar que este trabalho monográfico considera que a integridade do ser humano deve ser preservada, seja ele usuário de drogas ou não.

O princípio da dignidade da pessoa humana no direito penal significa que o ser humano deve ser tratado com respeito e dignidade, independentemente de ter cometido um crime. Isso significa que o direito penal deve se preocupar não apenas em punir o infrator, mas também em respeitar seus direitos, reintegração e garantias fundamentais, bem como sua integridade física e psicológica.

1.4 Princípio da proporcionalidade da pena

Em matéria penal, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada no equilíbrio que deve existir na relação entre crime e pena, ou seja, emana o equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios. Quanto maior for a gravidade da conduta criminosa, maior será a pena aplicada no indivíduo. Para Nucci (2006):

(...) o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana

diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico". (I.M. Coelho, Interpretação constitucional, p.109)

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

O princípio da proporcionalidade apresenta três dimensões: a) adequação (também chamado de pertinência ou idoneidade), pela qual um meio escolhido deve atingir o objetivo; b) a necessidade por alguns denominada por exigibilidade, indispensável para o caso concreto e não pode ser substituída por outra menos gravosa e c) a proporcionalidade em sentido estrito, a qual deve investigar se o ato praticado, em ascensão de realização do objeto, supera a outros valores constitucionais. Nota-se, em todas estas dimensões, que se almeja evitar uma resposta penal excessiva frente à infração penal considerada.

Lembrando importantes dispositivos normativos que explicitamente adotam o princípio da proporcionalidade:

Art. 156 do CPP: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Art. 282, I e II, do CPP: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II- adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art.438, § 2º, do CPP: A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. §2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

Segundo Cesare Beccaria (1954), as leis devem ser elaboradas de acordo com cada delito. Nesse sentido, ninguém poderá aumentar a pena, independente de quem quer que seja. Sublinha nesse sentido:

[...] as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não podem residir se não na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infringir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra um crime de um cidadão (BECCARIA, 1954, p. 10).

Na seara administrativa, segundo o mestre Dirley da Cunha Júnior, a proporcionalidade

É um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”.

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a consequência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: quando se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão prever-se penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta. (CARBONELL, 1999, p. 210.)

Diante dessa argumentação, o primeiro questionamento é se a intervenção do Direito Penal resulta rentável para obter a tutela do bem jurídico, e em sequência se pode indagar se a matéria é própria do Direito Penal, bem como se compensa a utilização do poder punitivo do Estado. Também se deve levar em consideração a gravidade da conduta, isto é, o grau de lesão ou perigo em que se expõe o bem jurídico, pois este tem que ser suficientemente importante para justificar a intervenção do Direito Penal. Assim, por mais importante que seja o bem jurídico — liberdade individual, por exemplo —, um ataque ínfimo ao mesmo não pode justificar a intervenção do Direito Penal (CARBONELL, 1999, p. 211).

O Estado tem, assim, a obrigação de legislar de forma séria e pertinente às práticas delituosas, considerando a atuação dos representantes do povo e o cumprimento das leis sem extrapolar os direitos dos cidadãos. Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade permite analisar as inúmeras variáveis possíveis, do enquadramento típico ao tráfico de drogas.

1.5 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também conhecido por “princípio da não culpabilidade” é extremamente importante para garantir que todos os cidadãos tenham todas as chances previstas pelo ordenamento jurídico para comprovar a sua inocência, assim como expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

De acordo com ele, qualquer pessoa só pode ser considerada culpada por cometer um crime após o seu julgamento definitivo, respeitando o devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, observados, portanto, o direito ao contraditório e à ampla defesa de quando não for mais possível recorrer da decisão judicial. Tourinho Filho (2009), ao resgatar os momentos históricos acerca dos fatos que fizeram parte da evolução do instituto da presunção de inocência, ressalta que “Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente”

A origem desse princípio denominou a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, proclamada em 1789 na França, que foi um marco na história da defesa dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo com o caráter humanístico decorrente do Iluminismo, hoje conhecidos como Direitos Humanos. Um dos mais célebres pensadores da época, Marquês de Beccaria, dizia que “a perda da liberdade sendo já uma pena, está só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”.

A Constituição brasileira foi muito mais abrangente ao presumir a inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que somente ocorre quando a decisão condenatória não é mais recorrível, quer seja pelo decurso *in albis* do prazo recursal, quer seja pelo esgotamento dos recursos cabíveis, que no Brasil podem alcançar quatro instâncias. Para Gomes Filho (1991), a redação do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, foi inspirada na fórmula italiana de 1948: "l' imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva". Considerando como sujeito “ninguém”, permite-se a interpretação da garantia para além do acusado, possibilitando-se a sua aplicação em todas as fases do processo penal, inclusive no inquérito policial. O autor sustenta que:

[...] a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados; fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal as atividades estatais concernentes à repressão criminal. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p. 37).

Portanto, pode-se entender a importância do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que quem cometer algum tipo de delito saberá que estará amparado e que não será condenado antecipadamente. Assim, a análise das condições e a necessidade de prisão cautelar deverão ser realizadas com as garantias constitucionais de um devido processo legal, caso confirmadas.

O tráfico, considerado um delito equiparado ao crime hediondo, é retratado como um crime permanente que muitas vezes se choca com este princípio. O traficante, por exemplo, se comprovado que estava praticando ato ilícito previsto em legislação específica, não poderá ter sua liberdade concedida, mesmo que não tenha sido julgado. Como justificativa tem-se que sua liberdade poderia atrapalhar o transcorrer do processo.

1.6 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização deve ser conceituado dentro dos parâmetros do plano legislativo. Para cada crime existe uma pena que varia de acordo com a personalidade do agente, o meio de execução e a forma como é cometido. No artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal consta que:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988).

Este princípio garante a imposição da pena ao acusado considerando a natureza de sua culpa, em conformidade com sua personalidade e seus antecedentes, assim como pontua a Lei de Execução Penal em seu artigo 5º: “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. Entretanto, o agente que for condenado deverá adentrar a uma classificação realizada pela Comissão Técnica

de Classificação (CTC). Desta forma, sofrerá uma avaliação de sua personalidade, podendo ele ser submetido ao cumprimento de sanção relacionada estritamente às suas características, para que de fato a pena seja aplicada da melhor forma no caso.

Ainda no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, é ressaltado que a sanção não pode ser aplicada ou executada contra o terceiro que não cometeu o crime, pois a conduta humana deve ser individualmente considerada mesmo quando o delito é cometido em concurso de duas ou mais pessoas. No que alude à conceituação do princípio da individualização das penas, Luizí acentua que “é princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado”.

É por tal motivo, por não ser o Direito e, principalmente, a aplicação de sanções criminais uma ciência exata, que a cominação das penas deve levar em conta diversos princípios constitucionais explícitos ou implícitos, os quais objetivam garantir que, realizada a subsunção do fato à norma, o sentenciado receberá punição justa de acordo com sua responsabilidade no caso concreto. Desta forma, entraremos em um estudo profundo dentro da individualização da pena, desenvolvendo suas fases em que os princípios penais de garantia aqui estudados estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e são de suma importância para a concretização do Estado Democrático de Direito.

2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA IMPORTÂNCIA NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

O princípio da individualização da pena determina que as penas sejam aplicadas ao agente condenado de acordo com a situação concreta, a ser avaliada pelo juiz. O primeiro momento de individualização da pena se dá com a seleção feita pelo legislador. São objeto do Direito Penal apenas as condutas que atacam os bens jurídicos mais importantes ao convívio social. Ademais, feita a seleção, o legislador prevê as penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado. Assim, um crime contra a vida deve ser punido de forma mais severa do que um crime contra o patrimônio. Após cometida a infração penal, dá-se o segundo momento da individualização da pena, com a aplicação da sanção penal, no plano concreto, pelo órgão julgador. Por fim, o terceiro momento de individualização da pena ocorre na fase de execução penal, com esteio no art.5º da Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84): “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

A individualização deve ser feita não somente em relação à quantidade de pena a ser aplicada, mas também ao seu regime de cumprimento (fechado, semiaberto e aberto), ao tipo de pena a ser cumprida (privativa de liberdade, restritiva de direitos, prestação pecuniária) e à possibilidade ou não de concessão de benefícios penais e processuais penais (suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, liberdade provisória etc.) ao agente. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta o que segue:

[...] julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) pena-padrão, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano. Igualar os acusados artificialmente, no momento da punição, não poucas vezes por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade é inaceitável, mormente se confrontarmos esse resultado com o princípio constitucional da individualização da pena.

Portanto, é direito do condenado ter sua pena fixada, fundamentalmente, em proporção à gravidade do delito cometido. A fim de evitar padronização à sanção penal, a pena deve ser individualizada em três etapas: a fase legislativa, a fase judicial e a fase executória. Examina-se, a seguir, cada uma das fases do princípio em estudo.

2.1 Individualização da pena na fase legislativa

Conforme se depreende do texto constitucional, pode-se afirmar que o primeiro momento da individualização da pena se dá com a seleção feita pelo legislador quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal as condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes.

Esse processo encadeia na primeira fase da individualização da pena. O legislador determina a conduta que será considerada como crime, a ensejar sanção penal, e comina a punição que deverá ser aplicada ao delito mediante o fato. A reprimenda deve ser proporcional à lesividade da infração, de modo que, quanto mais grave for a natureza do crime tipificado pela lei, maior será a pena em abstrato, como ao inverso também, devendo pena ser menor nos crimes cujo grau de lesividade for baixo.

A lei determina a restrição de benefícios àquele que comete determinados delitos, como no caso dos crimes hediondos (no qual o crime de tráfico de drogas é equiparado), quando o agente obrigatoriamente terá que cumprir a pena de regime inicial fechado, progredindo ao regime semiaberto após cumpridos dois quintos da pena no regime anterior. A doutrina, por sua vez, também demonstra a violação à Carta Magna em várias normas instituídas pela legislação, isso porque o combate à criminalidade se dá por meio de aumento nas penas, enseja a promulgação de leis que criam punições desproporcionais, com restrições muitas vezes de caráter incondicional. Como exemplo, no caso do tráfico de entorpecentes, se proíbe de forma absoluta a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, independentemente de esta se mostrar, em diversas situações, mais adequada ao caso concreto.

O legislador acaba entrando na esfera de competência do juízo, uma vez que decide, antecipadamente, o tipo de pena a ser aplicada, a forma de cumprimento. Raymond Saleilles entende que não existe individualização legal visto que “A lei não pode prever mais do que espécies, não conhece os indivíduos”. Portanto, não deve o julgador aplicar cegamente a regra que “está na lei”; deve, contudo, observar primeiramente os princípios constitucionais já mencionados nesse estudo e basilares do Direito Penal, uma vez que a lei não pode fazer outra coisa além de prover o juiz de base de individualização; não deve ter a pretensão de fazer, ela mesma, a individualização.

2.2 Individualização da pena na fase judicial

A individualização judicial é realizada pelo juiz ou tribunal, que analisará as peculiaridades do caso concreto e estabelecerá a quantidade da pena a ser aplicada e a forma de seu cumprimento. Nesse modo, não será apenas para o juiz determinar se o acusado será absolvido ou condenado, a fundamentação também se faz necessária na aplicação da pena. Esta atividade do juízo encontra-se como norte ao princípio da proporcionalidade: ao estabelecer a pena, deverá levar em considerações as particularidades do caso, fazendo distinções entre condutas, em face do grau de reprovabilidade, os princípios da legalidade que vinculam o julgador quanto à tipicidade do fato e os limites da pena e a culpabilidade que vincula o juiz a estabelecer a pena conforme a culpabilidade individualizada.

Todavia, Nelson Hungria advogava a tese de que a pena deveria ser fixada em três etapas, analisando, na primeira, as circunstâncias judiciais; na segunda, as circunstâncias legais (também denominadas atenuantes e agravantes); e, por fim, o *quantum* definido na lei para o aumento ou a diminuição da pena e os limites da escala penal serem ultrapassados. Com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, prevaleceu seu posicionamento e foi estabelecida expressamente, no art. 68 do mesmo estatuto, a adoção do Sistema Trifásico de Aplicação da Pena, que, consoante Exposição de Motivos do Código Penal, permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria da pena.

Na dosimetria da pena, portanto, existem três fases que o julgador deve percorrer para fixar ou dosar a pena. Assim, são três as fases de fixação da pena pelo juiz:

(1ª) circunstâncias judiciais – CP, 59: há a fixação da pena-base;

(2ª) circunstâncias legais genéricas, que podem ser: agravantes (arts. 61 e 62 do Código Penal) e atenuantes (arts. 65 e 66 do Código Penal): há a fixação da pena provisória;

(3ª) causas especiais de aumento ou de diminuição ou circunstâncias legais específicas (majorante e atenuante específicas, que são diferentes das qualificadoras): há a fixação da pena privativa definitiva.

Portanto, o grau de liberdade do julgador encontra seu limite nas normas previstas em lei e pelos princípios gerais de direito. Deverá também observar a espécie de pena que entende mais adequada ao caso concreto, e nesta etapa serão

analisados o delito e todas as suas circunstâncias, sendo fixada a sanção e seu modo de cumprimento – o que determinará diretamente a forma como se dará a fase executória de individualização da pena.

2.3 Individualização da pena na fase executória

A individualização executória será determinada pelo juízo da execução criminal, o qual deverá adequar à pena aplicada, possibilitando a progressão de regime e fazendo com que o reeducando seja transferido, de acordo com seu merecimento, de um regime mais gravoso para um mais brando, além de lhe assegurar outros benefícios legais, como o livramento condicional e a remição, a qual será o abatimento da pena pelo trabalho.

Em tese, a individualização da pena na fase executória visa a tão suscitada pela lei, reintegração do condenado ao convívio social. Não ocorre somente através da pena carcerária, pura e simples, em regime fechado, mas há também o cumprimento da pena nos regimes semiabertos e aberto, de sanção substitutivas nas modalidades de prestação pecuniária e de serviços comunitários.

Cumprir destacar a problemática do delito de tráfico de drogas no que tange à execução da pena. Isso porque em diversas situações o legislador tenta restringir, de forma discutível, benefícios da fase executória ao condenado por este tipo de ilícito, de forma geral e absoluta, levando-se em conta a natureza do crime praticado. Como exemplo, na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), a impossibilidade de conversão da pena carcerária por restritiva de direitos, a concessão de liberdade provisória, indulto, dentre outros.

Em conclusão, na política contra as drogas, não deve hesitar o juízo em questionar a validade das normas instituídas acerca da matéria sempre que houver a possibilidade de existir violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

2.4 Princípios norteadores da aplicação da pena

Pena é uma espécie de sanção penal, isto é, uma resposta estatal ao infrator da norma incriminadora que consiste na privação ou restrição de determinados bens jurídicos. Por sua vez, Cleber Masson conceitua pena como “(...) a resposta estatal,

no exercício do ius puniendi e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou contravenção”.

O primeiro princípio desses da individualização da pena, é, possivelmente, o mais importante, pois dele decorre todo funcionamento do método dosimétrico e talvez fundamente a sua própria existência, já que, se não houvesse a necessidade de adequar a pena plenamente a cada fato e suas especificidades, não haveria razão suficiente para que um método robusto em detalhes, como o trifásico, existisse. A individualização da pena pode ser dividida em:

[...] três classes de individualização: uma legal, feita de antemão pela lei; outra, e a melhor, a judicial, feita pelo juiz e, por fim, a terceira, feita pela administração (individualização administrativa) enquanto se executa a pena (SALEILLES, 2006, p. 185).

Em cada uma dessas fases, o princípio da individualização da pena norteia a aplicação das regras penais na direção de tornar a pena "única, específica para o caso concreto e seu autor". Individualizar se opõe à generalização, atendo a sentença ao caso concreto, de modo que se evite fundamentações que transcendam a esfera de atuação do agente (QUEIROZ, 2010, p. 357).

A garantia da individualização da pena, por ensejar a consideração do fato concretamente praticado por indivíduo único, porque revestido de singularidades próprias e intransferíveis, atua como importante fonte de legitimação do direito penal, uma vez que propicia a conciliação de dois extremos: a igualdade sobre a qual estão assentado o direito penal moderno e a diferença, que está presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas (BOSCHI, 2013, p. 155).

Outro princípio, não exclusivo do Direito Penal, trata da necessidade de que as decisões sejam fundamentadas (art. 92, IX, CF). O dever de fundamentar pode ser entendido também como sendo derivado do anterior, o princípio da individualização, em sua fase judicial visto anteriormente, como instrui Aguiar Júnior (2013, p. 12), para o qual "a individualização judicial é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos autos". Tendo como base a relevância para verificação das arbitrariedades judiciais na dosimetria da pena, é o princípio ne bis in idem, que

[...] constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). (PRADO, 2013, p. 185). - (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.)

Após esse entendimento, entraremos em profundo estudo na dosimetria da pena, nas suas peculiaridades em diferentes fases demonstrando a aplicação do magistrado no âmbito judicial.

3 DOSIMETRIA DA PENA – SISTEMA TRIFÁSICO

A dosimetria da pena é o cálculo feito para definir qual a pena será imposta a uma pessoa em decorrência da prática de um crime. Para calcular a pena definitiva, o Brasil adotou a dosimetria conforme o sistema trifásico Artigo 68 do 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Grande parte da doutrina entende que o Direito Penal brasileiro adotou o sistema trifásico, elaborado por Nelson Hungria, para a aplicação da pena restritiva de liberdade. Na atualidade, tem-se que o Código Penal brasileiro prevê expressamente que: "a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento" (art. 68 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 7.209/1984). NUCCI, em sua obra *Individualização da Pena*, menciona que há quem entenda que a análise quanto à substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos seria uma quarta fase da dosimetria.

Cabe salientar que o regime trifásico em estudo diz respeito apenas ao cálculo de pena a ser irrogado, ou seja, ao *quantum* de reprimenda. Tal observação se faz pertinente, uma vez que encontrado o montante concreto da sanção criminal privativa de liberdade, serão necessárias outras análises, tais como sobre o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da reprimenda por outra substitutiva de direito (art. 44, do Código Penal) ou, em último caso, a possibilidade de concessão de *sursis* penal (art. 77, do Código Penal).

O dispositivo que versa sobre o cálculo da pena (art. 68 do CP) nada menciona a respeito de regime inicial de cumprimento de pena ou de benefícios, tais como a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, até porque essa previsão se encontra em outro dispositivo do mesmo diploma legal (art. 44, do CP). Neste aspecto, já decidiu o STJ:

[...] REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA, FIXAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO E VEDAR A SUBSTITUIÇÃO POR

SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

A agravante da reincidência pode ser utilizada tanto no cálculo da pena, quanto no estabelecimento do regime de cumprimento e na análise da substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, uma vez que se trata de momentos distintos na fixação da reprimenda, estando o citado procedimento autorizado nos artigos 33, 44 e 61 do Código Penal. Precedente. (Superior Tribunal de Justiça: HC 334.986/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016)

A dupla valoração de um mesmo fator em diferentes fases do método trifásico (pena-base, agravantes e atenuantes, causas de aumento ou diminuição), ofende o princípio do *non bis in idem*, o qual obriga o magistrado a submeter uma nova análise do cálculo da reprimenda.

Assim, as modificações históricas no que tange ao juízo discricionário do aplicador da lei passaram a permitir uma maior atuação deste, a fim de se evitar exatidões na ciência jurídica e, conseqüentemente, injustiças. Isso porque, por melhor que seja a intenção do legislador, a aplicação da pena deve sim respeitar o texto normativo, mas, mais além, necessita da análise das circunstâncias do caso concreto, de modo que, atualmente, conforme os ensinamentos de NUCCI, trata-se:

[...] de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.126)

Cabe salientar que no Código de Processo Penal exige a motivação da sentença, em consonância com previsão constitucional sobre o tema, a fim de que o sentenciado possa vir a se defender amplamente da decisão, conhecendo os exatos motivos de sua absolvição ou condenação e, neste caso, os parâmetros utilizados pelo julgador para aplicar-lhe determinado *quantum* de reprimenda, regime, entre outros.

Feita as breves considerações, passaremos então, a analisar cada uma das três fases da dosimetria da pena conforme o art. 68 do atual Código Penal.

3.1 PRIMEIRA FASE – A PENA-BASE

Definindo-se que a pena aplicável ao caso concreto é a pena privativa de liberdade, deve-se iniciar a primeira etapa do cálculo, que tem como objetivo

primordial estabelecer uma pena que servirá de parâmetro para as etapas subsequentes, a pena-base (ZAFFARONI, 2011, p. 707). Entretanto, antes de iniciar a determinação da pena, é preciso definir o tipo penal do caso concreto; em seguida, para determinar o crime ou tipo legal é preciso conhecer desde logo quais os limites mínimo e máximo estabelecidos em lei para o crime em questão.

Não há na atual legislação penal um conceito de "pena-base", tampouco um método exato de como o legislador deve proceder para sua determinação, o que tem como consequência definições diversas por parte da doutrina de como estabelecê-la. A pena-base pode ser conceituada como a quantidade de pena estabelecida na primeira fase da dosimetria, que pode ser alterada em razão da incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes (segunda fase) e por causas de aumento e diminuição da pena (terceira fase) (ROSSETO, 2014, p. 120).

Embora a legislação penal não apresente um método exato para determinação da pena-base, o artigo 68 do CP, que estabelece o método trifásico, indica que a pena base deve ser definida com fundamento nas circunstâncias previstas no artigo 59 do mesmo diploma, sendo essas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime e a colaboração da vítima (BITENCOURT, 2011, p. 674).

Cabe esclarecer que as considerações acerca da legislação não visam eliminar toda e qualquer subjetividade da dosimetria (cálculo da pena), já que sempre haverá certa margem de discricionariedade ao se quantificar objetivamente (estabelecer uma quantidade de pena) os fatos subjetivos do crime em si (PACELLI; CALLEGARI, 2016, p. 490). As críticas se referem ao exagero da subjetividade e à total ausência de método, ou de "caminhos que precisa percorrer" (BOSCHI, 2013, p. 182), o que abre ampla margem para arbitrariedades.

Antes de analisar as diferentes metodologias propostas, é preciso explorar como as circunstâncias do artigo 59, denominadas "circunstâncias judiciais", são tratadas pela doutrina, já que independentemente do caminho a ser percorrido para definição da pena-base qualquer método, por força do artigo 68 do CP, deve tê-las como parâmetros.

3.1.1 Circunstâncias judiciais – Artigo 59 do Código Penal

Também conhecidas como circunstâncias inominadas (CAPEZ, 2012, p. 485), apenas as circunstâncias judiciais expressas no artigo podem ser utilizadas pelo julgador na definição da pena-base. Por outro lado, o STF tem entendimento de que: “As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre qual serão aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição”.

A primeira fase, como dito, é o momento da fixação da pena base, em que o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal:

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

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

As denominadas circunstâncias judiciais são, em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal.

"As circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena. Os elementos constantes no art. 59 do CP são denominadas circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas 'circunstâncias do crime', mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base."

3.1.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade é a censurabilidade do crime. Nessa etapa deve-se aferir o menor ou maior índice de reprovabilidade do agente na qual, por sua vez, decorre do fato de ser a conduta evitável pelo agente. Em outras palavras, a conduta é

reprovável por ser evitável, isto é, o agente poderia agir de modo diverso (CARVALHO; CARVALHO, 2002) –, e por ser evitável é culpável. Nesse sentido:

A noção de culpabilidade está, pois, estreitamente vinculada à de evitabilidade da conduta ilícita, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não tenha evitado o fato incriminado quando lhe era possível fazê-lo. (TOLEDO, 1994, p. 87). – (TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.)

3.1.1.2 Antecedentes

Os antecedentes criminais tratam de tudo o que existiu ou aconteceu no campo penal ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sendo bom ou mau, com base no que consta no inquérito.

Sobre os maus antecedentes a doutrina e a jurisprudência pátria têm firmado duas posições: A primeira, em atenção ao princípio da presunção de inocência, entende que somente se enquadram como maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado. Já a segunda defende que configuram maus antecedentes os inquéritos policiais e processos em andamento. O primeiro posicionamento tem sido abraçado pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina majoritária, além de a matéria restar sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pacífico e importante para esta etapa é o entendimento jurisprudencial de que, se uma situação configura reincidência (art. 64, I, CP), isto é, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior não tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, essa situação deve ser analisada exclusivamente na segunda etapa do método trifásico (GRECO, 2010, p. 537) -, sendo vedado, sob pena de dupla punição ao agente pelo mesmo fato (bis in idem), considerar a mesma circunstância como maus antecedentes, agravando a pena-base, e como agravante na segunda fase (art. 61, CP). Neste sentido, é a Súmula 241 do STJ, a qual determina que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

3.1.1.3 Conduta social

A conduta social é a postura do acusado perante a sociedade, " o comportamento do sentenciado enquanto integrante de família, da comunidade, no

ambiente de trabalho e na vida social" (ROSSETO, 2014, p. 125). Segundo Greco (2010, p. 538),

[...] os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais.

Quem realiza a verificação da conduta social do agente não é o julgador, sendo a prova dos elementos que a qualificam como positiva ou negativa feita, na maioria dos casos, mediante depoimentos de testemunhas "abonatórias", mas nada impede que outros meios sejam utilizados, tais como "declarações públicas ou particulares, atestados e abaixo-assinados" (BOSCHI, 2013, p. 170).

3.1.1.4 Personalidade do agente

A personalidade do agente é, dentre todos os elementos do artigo 59 do CP, o mais subjetivo e o que demanda análise mais técnica, considerando que sua investigação extrapola o âmbito do direito, abarcando outras ciências tais como: a psicologia, a psiquiatria e a antropologia (TELES, 2014, p. 125-126).

Carvalho e Carvalho (2002, p.54) argumentam também no sentido da dificuldade ou impossibilidade de o julgador ser responsável pelo diagnóstico da personalidade do agente

Todavia, se ao juiz é difícil (diríamos impossível) concretizar a tarefa imposta pela lei, uma breve revisão bibliográfica transdisciplinar revelará verdadeira impossibilidade técnica do jurista proceder tal averiguação e, conseqüentemente, dela retirar os efeitos legais. (CARVALHO, Amiton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2002. P.54)

Essa indefinição sobre o que é personalidade e a complexidade do assunto, somados a uma análise por quem não dispõe dos recursos necessários, abre uma ampla margem para decisões infundadas e, por consequência, de difícil (ou impossível) contestação, o que fere diretamente o "princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade" (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 57). Desse modo:

É complexa a questão. Muito Complexa. Por isso, seria mais recomendável que, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado. (BOSCHI, 2013, p. 176) - BOSCHI, José Antonio

Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

3.1.1.5 Motivos

Os motivos são os precedentes que levam à ação criminosa, e devem ser levados em consideração na definição da pena-base. A definição dos motivos do crime constitui na verificação da finalidade que o agente tinha com o crime e o que o levou a praticá-lo (por quê? e para que?) (NUCCI, 2009, p. 198), devendo sobre os motivos ser feito um juízo de maior ou menor reprovabilidade. Nem sempre os motivos que levaram a cometer o crime serão negativos.

Há motivos que devem ser valorados positivamente, como, por exemplo, "o sentimento altruísta (em defesa do bom nome da pátria, contra as ofensas irrogadas por um estrangeiro)" (BOSCHI, 2013, p. 177). O juízo axiológico, valorativo, sobre os motivos será realizado, inevitavelmente, devido ao caráter subjetivo da matéria, de acordo com o "senso comum e cultura moralmente compartilhados" pela sociedade (PACELLI; CALLEGARI, 2016, p. 495).

3.1.1.6 Circunstâncias do crime

Três são os elementos principais que devem ser levados em consideração no que tange à valoração negativa ou positiva das particularidades do crime: o lugar, o tempo e o modo (incluindo o planejamento) de execução do crime (ROSSETO, 2014, p. 131). Como exemplifica Boschi (2013, p. 179):

Aquele que, por exemplo, vai à casa onde se realiza um velório, pretextando prantear a morte de pessoa conhecida, e se aproveita dos descontroles da família na situação de dor para furtar objeto de um quarto, merece, pela conduta realizada, intensa reprovação, pois demonstra insensibilidade moral, desconhecimento dos deveres éticos e desrespeito ao mais elementar princípio de solidariedade humana.

3.1.1.7 Consequências do crime

As consequências decorrentes do crime que extrapolem o fato típico (BOSCHI, 2013, p. 179) e tenham relação com a intensidade da lesão jurídica causada pelo ato criminoso à vítima, a terceiros (PACELLI; CALLEGARI, 2016, p. 497), à família da

vítima ou mesmo à sociedade (ROSSETO, 2014, p. 131) são elementos a serem reconhecidos na determinação da pena-base. Em outras palavras, as consequências do tipo previsto em Lei, como a morte da vítima no homicídio (art. 121, CP) ou a incapacidade para o trabalho no crime de lesões corporais gravíssimas (art. 121, § 2º, I, CP) (BOSCHI, 2013, p. 179-180), não podem ser utilizadas para majorar a pena-base, já que o crime em si não existiria sem essas consequências e, como tal, o legislador já as levou em consideração no momento da determinação e elaboração da pena prevista em Lei.

3.1.1.8 Comportamento da vítima

Por fim, a última das oito circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP é o comportamento da vítima, o qual se verifica pela medida em que a vítima contribuiu para a ação delituosa (BITENCOURT, 2011, p. 668. A relevância deste elemento – o qual foi integrado ao artigo 59 do Código Penal após a reforma de 1984 – constitui no fato de que, ainda que a colaboração da vítima – por exemplo, por meio de provação ou de estímulo (ROSSETO, 2014, p. 132), tal como preconiza a exposição de motivos da supracitada reforma – não justifique o crime, diminui a censurabilidade da conduta do autor (ROSSETO, 2014, p. 132).

No tocante ao comportamento da vítima, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tal circunstância não pode ser apreciada desfavoravelmente. Isso significa que a apreciação deverá manter-se neutra quando a vítima não contribuir para a prática delitativa ou apreciada positivamente, caso ocorra o contrário (precedentes).

3.2 SEGUNDA FASE – FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA

Após a definição da pena-base, na primeira fase da dosimetria da pena, deve-se, na segunda fase, aumentar ou reduzir o montante com base nas atenuantes e agravantes (PACELLI; CALLEGARI, 2016, p. 499), denominadas circunstâncias legais, quando elas estão presentes, a fim de se estabelecer a pena provisória. Sendo assim, a pena-base é a base de cálculo sobre a qual incidirão as circunstâncias legais. Em razão pela qual o Código Penal não apresenta a quantidade de pena, gerando a ausência de previsão legal, há algumas metodologias construídas pela doutrina e pela jurisprudência, tais como a compensação, a valoração com base na culpabilidade e

uma metodologia que atribui valores distintos conforme a preponderância da circunstância.

Desde logo cabe salientar que a doutrina e a jurisprudência não são unânimes na classificação de quais circunstâncias legais estão sob a personalidade do agente, encontrando-se vez ou outra entendimentos divergentes sobre a classificação de determinada circunstância. Diante dessa divergência, analisaremos no presente estudo a aplicação das atenuantes e agravantes.

3.2.1 Agravantes Preponderantes

As circunstâncias agravantes respeitam um critério taxativo, não podendo o magistrado considerar como tal qualquer outra que esteja fora do rol estabelecido pelos artigos 61 e 62 do Código Penal. A aplicação de circunstância agravante deve ser, obrigatoriamente, levada em consideração na segunda fase de aplicação da pena, salvo se constituir ou qualificar o delito. A sua apreciação não se restringe à mera faculdade do julgador. Assim, para verificar que o agente é reincidente, são necessários dois pressupostos (ROSSETO, 2014, p. 140): a) que a condenação anterior tenha transitado em julgado, uma condenação definitiva no país ou no estrangeiro; b) que o crime que se está calculando a pena tenha sido praticado posteriormente ao trânsito em julgado do crime anterior.

Duas agravantes são preponderantes por estarem relacionadas aos motivos determinantes do crime (art. 64, CP): quando o crime é praticado por motivo fútil ou torpe (art. 61, II, a, CP) e quando o motivo da prática do crime é "facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime" (art. 61, II, b, CP) (BOSCHI, 2013, p. 209).

3.2.2 Atenuante preponderante – menoridade relativa

O fundamento de existência desta atenuante prescreve no artigo 65 do Código Penal. Há também a atenuante inominada do artigo 66, em que o juiz poderá reconhecer uma atenuante, mesmo que não prevista em lei, de acordo com seu entendimento, levando-se em consideração os aspectos subjetivos do crime. Ambas são empregadas na 2ª fase de fixação da pena e devem ser aplicadas a todo e qualquer crime, seja ele doloso ou culposos.

Atenuante reside, principalmente, na imaturidade do menor e no seu desenvolvimento psíquico incompleto (ROSSETO, 2014, p. 153), sendo, portanto, uma circunstância relacionada à personalidade do agente. Rosseto (2014, p. 153) ainda cita a maior probabilidade de pessoas da idade de 35 anos serem influenciadas por outros criminosos, sobretudo a influência dentro do próprio sistema carcerário.

Na ótica do legislador, a personalidade e a psique do indivíduo com menos de 21 anos de idade ainda estão em desenvolvimento, e esse aspecto precisa ser considerado pelo juiz no momento da reprovação pela prática delituosa. É tão relevante a questão que a menoridade foi erigida pelo Código ao status de atenuante preponderante, e, segundo entendimento jurisprudencial, prepondera sobre as demais previstas no artigo 67. (BOSCHI, 2013, p. 222).

Nucci (2009, p. 247) defende que a atenuante sobre ser o agente menor de 21 anos de idade não deveria ter qualquer preponderância, conquanto deveria ser considerada atenuante comum, pois, segundo ele:

A menoridade civil ocorre aos 18 anos, demonstrando estar a pessoa nessa faixa etária preparada para a prática de qualquer ato, parece-nos exagerado continuar a considerar preponderante a atenuante da menoridade.

A jurisprudência do STJ tem entendimento no sentido da preponderância à menoridade relativa (agente menor de 21 anos de idade) em relação a qualquer agravante preponderante.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que a reincidência e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes, consoante disposto no art. 67 do Código Penal, devendo ser mantida a compensação integral entre as referidas circunstâncias legais operada na etapa intermediária do cálculo dosimétrico, nos moldes do reconhecido no decreto condenatório. (STJ, AgRg no HC 497101/SC, 2019).

Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possui maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente

preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, a fortiori, em relação às circunstâncias objetivas (STJ, HC 441341/SP, 2018).

3.2.3 Atenuantes preponderantes artigo 65 do Código Penal

A primeira atenuante preponderante é a situação de quando o crime for cometido por motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, a, CP). O motivo de valor social é relacionado ao interesse coletivo, ou seja, que atenda a interesses da sociedade. É exemplo de relevante valor social o crime em que o pai "agrediu o traficante porque deu droga para viciar o filho". Segundo Rosseto (2014, p. 155), essa atenuante deve ser aplicada quando, em razão de sua importância significativa, acarretar menor reprovabilidade da conduta.

O fato de o agente não agir em livre consciência também é atenuante pertinente aos motivos crime, já que atua por motivos alheios a sua vontade. Nesse sentido, o artigo 65, III, c, do CP apresenta algumas hipóteses de situações atenuantes, sendo elas o crime cometido "sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima". Convém destacar que a vítima não pratica nenhuma ação anterior ao ato do agente, pois essa seria hipótese de legítima defesa e de consequente absolvição em razão de ausência de ilicitude

Analisadas as atenuantes preponderantes em razão do motivo, passamos à exploração das que preponderam em virtude da personalidade do agente. A primeira circunstância é aquela em que o agente busca "por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar ou minorar as consequências" (art. 65, III, b), por exemplo, quando o agente:

[...] após agredir e lesionar a vítima, lhe dá imediato atendimento para aliviar a dor ou leva-a com urgência ao hospital para estancamento de hemorragia potencialmente capaz de produzir resultado mais grave. Ou, então, de quem, em razão da impossibilidade da vítima para o trabalho, decide custear as despesas com alimentação dela e da família. (BOSCHI, 2013, p. 228).

Outra hipótese que faz alusão à personalidade do agente, é a que ele busca reparar o dano antes do julgamento. Ambos os casos não se confundem com o arrependimento eficaz. Por fim, a última circunstância atenuante preponderante em

razão da personalidade do agente é a em que ocorre confissão espontânea do crime perante a autoridade competente. Para Nucci (1999, p. 76):

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.

3.2.4 Atenuantes inominadas artigo 66 do Código Penal

O artigo 66 do CP concede ao julgador a possibilidade de aplicar a atenuação de pena em razão de circunstância não prevista expressamente no artigo anterior, desde que seja um fato relevante envolvendo o acusado, tendo ocorrido antes ou depois. São exemplos de aplicações jurisprudenciais de atenuante inominada.

A incidência da circunstância atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal deve ser mantida na hipótese em que o réu se submeteu voluntariamente ao exame de etilômetro a fim de verificar sua capacidade psicomotora, porquanto a postura colaborativa do réu constitui circunstância relevante posterior ao crime. (TJDFT, Apelação Criminal 1187409,2019).

No entendimento de Boschi (2013, p. 238), o julgador também poderia, como atenuante inominada, "atendendo a equidade e a proporcionalidade, abrandar a pena se verificar, por exemplo, a presença de circunstância concomitante que cause para o acusado uma particular desgraça, fora dos casos previstos em lei".

3.3 TERCEIRA FASE – FIXAÇÃO DA PENA DEFINITIVA

Fixada a pena base, sopesadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, é chegada a hora das causas especiais na terceira etapa da dosimetria da pena, nos termos do art. 68 do Código Penal, a qual deve ser realizada levando-se em conta as causas de aumento ou diminuição de pena, também chamadas majorantes ou minorantes.

3.3.1 Majorantes

Em um primeiro momento, é preciso distinguir majorantes de qualificadoras. As qualificadoras são circunstâncias que constituem um crime independente, um crime qualificado, influenciando diretamente na determinação da pena-base, na medida em

que alteram o mínimo e o máximo legal, e servindo de limite, na segunda fase, para a pena provisória. Já as majorantes, por sua vez, constituem uma causa de aumento de pena, aplicando-se uma fração à sanção estabelecida no tipo penal e que, conseqüentemente, deve ser levada em consideração na terceira fase da dosimetria da pena.

Os crimes previstos na legislação antidrogas, da mesma forma, são passíveis de aumento em razão de majorantes especiais, verificadas no art. 40 da Lei n. 11.343/06. Pode-se destacar que, nesta fase da dosimetria, em incidindo no caso concreto mais de uma majorante, poderá o julgador aplicar somente aquela que mais aumente a pena, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

De fato, sabe-se que o aumento da pena somente ocorrerá em patamar superior ao mínimo legal se estiverem presentes, no cometimento do delito, mais de uma das hipóteses elencada no artigo 40, e não de um sexto a dois terços por cada majorante. Nesses casos não se poderia aplicar o disposto no mencionado artigo 68 do Estatuto Repressivo, de modo que seria aumentada a fração de exasperação da pena em proporção ao número presentes no ilícito praticado.

É nesse cenário que Paganella Boshi propõe que as majorantes sejam avaliadas com base na culpabilidade do agente, já avaliada desde a primeira fase da dosimetria. Dessa maneira, para o referido autor:

[...] se a reprovação inicial (aferida no momento da individualização da pena-base) tiver sido estabelecida em grau mínimo (conclusão a que se pode chegar examinando-se os elementos da culpabilidade, como vimos anteriormente), o quantum correspondente à exasperação, guardadas as razões relacionadas ao injusto e à política criminal que a justifica, deverá ser, por razões de coerência interna, em princípio mínimo, ao passo que o abrandamento, ordenado pela causa especial de diminuição, deverá ser o maior possível, para que a pena definitiva acabe, desse modo, aproximando-se do grau de culpabilidade correspondente. Em caso de reprovação inicial média, as quantidades de pena a serem estabelecidas dentro das margens correspondentes às causas especiais de aumento e de diminuição devem aproximar-se ou, até mesmo, equiparar-se. Finalmente, quando a reprovação inicial tiver sido estabelecida no grau máximo, a exasperação terá que tender para o limite superior (teto) da causa especial de aumento, e o abrandamento, pelo reverso, para o limite inferior (piso) da causa especial de diminuição.

3.3.2 Minorante

No tocante às minorantes genéricas, a tentativa é a mais conhecida, positivada no art. 14, II, do Código Penal. Como causas especiais de diminuição de pena, menciona-se, a título de exemplificação, o art. art. 33, §4^o da Lei Antitóxicos.

Nos termos do referido dispositivo no artigo 33, § 4^o, da Lei de Tóxicos, “desde que o agente seja primário de bons antecedentes, não se dedique às atividades e organizações criminosas”, fará jus à concessão do benefício. Desta forma, é norma destinada ao pequeno traficante, visto que não integrante de organização criminosa, teoricamente iniciante (pela condição de ser primário, de bons antecedentes).

A minorante é aplicada somente aos delitos do caput e § 1^o do artigo 33 da Lei de Drogas, cuja pena mínima prevista é de 5 anos de reclusão, não incidindo nos delitos do § 2^o e 3^o do mesmo artigo, visto que já são formas privilegiadas da traficância.

§ 4^o Nos delitos definidos no caput e no § 1^o 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. (§ 4^o do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Basicamente, existem dois entendimentos: o primeiro dirige-se no sentido de que a minorante pode ser aplicada mesmo com a pena cominada pela antiga lei. O segundo, por sua vez, defende que a redução da reprimenda somente pode ser aplicada com as penas da nova legislação, uma vez que, ao associar as duas leis, o julgador estaria, na prática, legislando (NUCCI, 2009, p. 362).

Desta forma, o meio mais razoável de aplicação retroativa da causa de diminuição em comendo parece ser na comparação das penas fixadas, ou seja, calcular a pena com base nas sanções previstas na Lei 11.343/06, e verificar se foi benéfica ao réu, em relação à reprimenda aplicada com base na Lei 6.368/76.

4 CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA

De acordo com o que foi estudado até agora, tem-se que as circunstâncias do art. 42 da Lei n. 11.343/06, em que pese não terem sido objeto de análise pelo legislador especificamente quanto à causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, são utilizadas na prática forense como parâmetro de avaliação do *quantum* de redução da referida minorante.

Contudo, como bem destacou o elaborador da norma de caráter penal na redação do art. 42, em se tratando de crimes de tráfico de entorpecentes deve ser utilizado em conjunto com o art. 59 do Código Penal, o que faz com que haja adição de algumas circunstâncias novas como natureza e quantidade da droga, além da personalidade e a conduta social do agente, no capítulo acima estudado.

Nesse prisma, cumpre salientar que, até 2013, o Supremo Tribunal Federal divergia sobre o tema, sendo que a 1ª Turma da referida Corte seguia o entendimento de que a dupla valoração das circunstâncias elencadas no art. 42 da Lei n. 11.343/06 na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena não caracterizava bis in idem. Por outro lado, a 2ª Turma do Supremo vislumbrava ofensa ao aludido preceito:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA SOMENTE NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. ORDEM DENEGADA.

1-Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “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”. Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto.

2 -No caso, a natureza da droga apreendida foi utilizada somente na terceira etapa da dosimetria, ou seja, para fixar o fator de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6, não havendo, portanto, violação ao princípio do ne bis in idem. Ademais, aplicar qualquer fração de diminuição diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus.

Como se vê, a orientação se deu no sentido de possibilitar uma real individualização da pena e, dessa forma, afastar visíveis ofensas a princípios constitucionais aplicáveis à dosimetria da pena, de maneira que o relator assim concluiu em seu voto sobre a incidência única da circunstância que versa sobre a natureza e quantidade de entorpecentes: esse critério, além de afastar ocorrência de bis in idem, prestigia o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), possibilitando um sancionamento mais adequado e condizente com a realidade processual.

Assim sendo, como os elementos do art. 42 da Lei n. 11.343/06 são circunstâncias judiciais, o que já foi objeto de análise deste trabalho, não seria possível afastar-lhes a obrigatoriedade de análise. Não obstante, sob o discurso da individualização das penas, os tribunais pátrios permitem a livre escolha do correto momento de sua valoração quando se trata do crime previsto no 33, §4º, da Lei Antitóxicos: na primeira ou na terceira fase da dosimetria, cabendo ao juiz dispor sobre sua melhor adequação. Não se busca aqui o retrocesso na interpretação das normas penais, mas sim a análise de decisões que, em situações de muita semelhança, são julgadas de forma bastante distinta, o que proporciona disparidade de penas para um mesmo crime sem fundamentação idônea.

Ainda que a reincidência demonstre a reiteração da conduta criminosa de determinado agente, muitas vezes o primeiro crime cometido por este foi uma mera receptação e, em decorrência disso, ainda que tenha traficado ínfima quantidade de entorpecentes, sua sanção será cerca de 03 (três) anos maior do que poderia ser se aplicada a causa de diminuição de pena em foco.

Situação ainda mais grave ocorre com determinado indivíduo que possui antecedentes criminais que ultrapassam o período depurador - dada a pendente controversa sobre o tema, e que por tal motivo não poderá ter sua pena reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) e ainda a verá exasperada pelos seus maus antecedentes. Dessa forma, caberá ao magistrado avaliar o correto momento de consideração acerca dos elementos norteadores destacados no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4.1 O Artigo 42 da Lei 11.343/06

O artigo 42 da Lei de Drogas institui uma regra para a fixação da sanção basilar referente à preponderância de determinadas circunstâncias sobre outras. Está disposta nos seguintes termos:

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.

Segundo Marcello Ovidio Lopes Guimarães, a redação do artigo 42 teria sido de melhor aspecto se pudesse simplesmente mencionar os vetores a serem observados para a fixação da pena-base previstos no Estatuto Repressivo, aqueles que preponderam nos delitos tipificados pela Lei 11.343/06. Assim, se a personalidade do agente e sua conduta social já devem ser analisadas, em vista da norma prevista no Código Penal, entende o autor que seria “difícil entender-se como certos elementos preponderarão sobre eles mesmo”. Ademais, a natureza e a quantidade da substância ou do produto se encaixariam nas circunstâncias e consequências do crime (GUIMARÃES, 2007, p. 232).

Entretanto, a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos em poder do agente são circunstâncias autônomas àquelas previstas no artigo 59 do Código Penal. Diante disso, para a fixação da pena-base devem ser considerados, além de todos os elementos previstos no mencionado artigo, estes vetores diretamente relacionados com o entorpecente objeto da traficância.

Dentro do princípio da individualização da pena, a sanção nas hipóteses de tráfico de grandes quantidades de substância entorpecentes certamente se mostra adequada. De fato, não seria proporcional a equivalência de penas entre aquele sujeito que é flagrado traficando pequenas quantidades de entorpecente e aquele que trafica quantidades maiores, muitas vezes de diferentes tipos (por exemplo, um sujeito que é pego vendendo de 20 gramas de maconha, e outro que tem, em depósito, para fins de comercialização, 03 quilogramas de crack, 10 quilogramas de cocaína e 20 quilogramas de maconha). Igualmente, tanto mais severa será a punição quanto maior a lesividade em potencial da natureza do entorpecente traficado.

Nesse sentido, “os traficantes das chamadas drogas pesadas e das drogas sintéticas, portadoras de elevado potencial de lesividade à saúde, devem ser condenados com uma maior quantidade de pena” (LEAL e LEAL, 2010. p. 341).

Considerando-se o artigo 33 da Lei de Tóxico, Nucci sustenta a proporcionalidade entre o quantum de pena a ser aplicada ao agente em relação ao poder lesivo da substância entorpecente que constitui o objeto do delito. O autor leciona o seguinte:

É natural supor que quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização. Esses fatos, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. p. 378)

A lei não explicita de que modo ocorre a preponderância, portanto, o juiz deve se atentar a quanto os elementos preponderantes se destacam dos demais, referente a natureza e quantidade da droga, determinando o aumento a ser imposto na pena-base. Desta forma, o legislador teve a intenção de individualizar a conduta imputada ao agente de acordo com o delito efetivamente cometido, com o caso concreto, dependendo somente do magistrado para a sua correta aplicação.

Assim, não obstante pareça razoável que aquele sentenciado cuja personalidade e conduta social foram positivamente valoradas possa usufruir da diminuição da pena – ou pelo menos da sanção basilar no mínimo legal caso outras vetoriais sejam avaliadas como negativas – a análise se torna mais delicada quando a punição é exasperada devido a estes critérios.

Em último caso, a negativação das circunstâncias ocorre por um juízo de valor íntimo do magistrado, vez que não há meios objetivos para que elas sejam valoradas, principalmente após a publicação da Súmula 444 do STJ, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, procedimento este que era comumente utilizado na dosimetria das sentenças condenatórias.

4.2 Conceito de natureza e quantidade da droga

A discussão sobre a natureza da substância ou produto tem ligação com o dano causado à saúde. Como exemplo, a maconha tem o potencial ofensivo menor do que a cocaína, heroína entre outros. Segundo o artigo 42 do Código Penal, as drogas com maior potencial ofensivo são aplicadas a pena acima do mínimo legal, e em drogas de menor potencial o juiz irá considerar a dosimetria da pena e não se aplicar acima

do mínimo legal. Já em questão da quantidade, a pena será classificada conforme sua exorbitância, quanto menor quantidade menor sua pena, igualmente para quantidades maiores. Misturando quantidade e natureza como exemplo, não é possível a mesma aplicação da pena para uma apreensão de 0,5kg de maconha em comparação a uma carga de cocaína de 1 tonelada. Dessa forma, então, é possível notar que são quantidades e naturezas diferentes. Nesse presente caso, a natureza e quantidade são mais reprováveis, acarretando a aplicação da dosimetria da pena.

A natureza e a quantidade da droga podem ser utilizadas para aumentar a pena-base, quando na terceira fase, para afastar o tráfico privilegiado ou modular a fração de reprodução da pena, desde que considerada em apenas uma das fases, em respeito ao princípio do *ne bis in idem*. As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. A cisão da expressão “natureza e quantidade da droga” trazida no artigo 42 da Lei de Drogas vem com o objetivo de exasperar a pena-base e estabelecer um óbice ou diminuição da fração redutora prevista no artigo 33, §4º, na medida em que permite dupla penalização quando da dosimetria da pena.

Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Não se trata de circunstâncias taxativas, mas exemplificativas. Outras poderão ser somadas para que o juiz possa decidir sobre qual o crime praticado. Contrário senso, se essas circunstâncias não indicarem que a droga apreendida é para o consumo pessoal do sujeito, poderá ser para o fim de tráfico. Não há como dizer que se a droga não se destinar ao consumo pessoal do agente necessariamente será para o tráfico. Isso porque pode ocorrer que não seja nem para um e nem para outro fim.

Algumas teses viáveis podem ser utilizadas analisando unicamente quantidade e natureza ao princípio da insignificância onde o tráfico ilícito de drogas, na medida em que se trata de crime de perigo abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Apesar disso, a lei prevê alguns critérios para a diferenciação. No § 2º do artigo 28 da referida lei é previsto que:

“Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e

personais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente". (ART. 28 §2º Lei 11343/06).

Sendo eles os mais comuns, aparecendo frequentemente na jurisprudência utilizados cumulativamente para avaliar cada situação concreta. Como por exemplo: a) a quantidade de droga apreendida é um dos principais fatores. A alegação de que o réu é usuário se torna bem mais frágil se a quantidade de droga apreendida estiver muito acima do esperado para um usuário. Em sentido contrário, uma quantidade pequena reforça a tese; b) a variedade das drogas apreendidas também é um fator crucial para realizar a diferenciação. Caso uma pessoa alegue ser usuário de drogas, mas é flagrado portando mais de um tipo de droga (por ex. maconha e crack), a tese se torna muito mais frágil. Isso porque é adotado o entendimento de que o traficante porta mais de um tipo de droga para atender a sua clientela, enquanto o usuário portaria apenas a droga que consome; c) balança de precisão é utilizada para pesar a droga e entregar a porção na quantidade exata para o usuário. É um elemento com um grande peso em provas, tendo em vista que, teoricamente, não teria qualquer sentido um usuário possuir uma balança de precisão; d) a embalagem das drogas fracionada em pequenas quantidades e em embalagem plástica, papel filme, até mesmo sacolas o entendimento adotado é de que a droga foi preparada para comercialização, de forma que sejam vendidas pequenas frações para cada usuário; e) os tribunais entendem que grande quantia em dinheiro, principalmente quando fracionada em notas pequenas, demonstra o tráfico de drogas; f) apesar da grande revolução tecnológica, algumas pessoas preferem anotar as coisas no papel. No tráfico, isso também acontece. Por isso, em algumas apreensões, são encontradas agendas ou listas com anotações de nomes de clientes, números de telefone, valores etc.

Com essa considerável lista foi possível demonstrar que a diferenciação de usuário para traficante é uma tarefa complexa, a qual exige uma análise de todas as peculiaridades de cada caso concreto. Como dito anteriormente, os critérios apresentados são apenas os mais comuns, existindo uma infinidade de circunstâncias e interpretações que podem ser levadas em conta.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que a variedade e quantidade da droga apreendida e anterior denúncia sobre tráfico no local são elementos suficientes para levarem à conclusão acerca do comércio ilícito, na Apelação Criminal nº 990.09.297118-2, 16ª Câmara de Direito Criminal do Relator

Pedro Menin. Diante desse fato, abordaremos a seguir análises de jurisprudência correlacionadas pelo intérprete da aplicação de pena, em natureza e quantidade de drogas apreendidas.

4.3 Análise interpretativa da jurisprudência quanto à natureza e quantidade da droga.

Perante as análises gerais da jurisprudência, todos os processos julgados aplicaram natureza e quantidade da droga uma circunstância única. Pelo seu entendimento, somente quando avaliadas em conjunto, natureza e quantidade, será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador, atribuindo-se o artigo 42 da Lei 11.343/06 e a dosimetria da pena.

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. PENA. ANTECEDENTE PENAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ÚNICA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A presença de condenação definitiva por crime anterior configura o antecedente penal. 2. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 é vetor judicial especial único. Não se admite sua separação em circunstâncias judiciais singulares relativas à natureza e à quantidade da droga traficada, resultando no incremento da sanção em duplicidade. 2. 1. Não obstante o alto poder viciante do entorpecente (crack), a reduzida quantidade do material apreendido (0,03g) impede a negatização do referido modulador judicial. 3. Os antecedentes penais e a multirreincidência (específica) justificam o regime prisional inicial fechado (art. 33, § 2º, alínea? a? § 3º, do Código Penal). 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Pena reduzida. (TJ-DF XXXXX20198070001 DF XXXXX-56.2019.8.07.0001, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Data de Julgamento: 28/10/2021, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 13/11/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETOR ÚNICO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE E DA NATUREZA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício (HC XXXXX/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 12.4.2019, v.g.). 2. A natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. 3. Inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incidível, pois somente quando avaliadas em conjunto – natureza e quantidade – será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador. 4. Detectada a ocorrência de bis in idem por terem as instâncias anteriores valorado negativamente a quantidade da droga na primeira fase e a sua natureza na

terceira fase da dosimetria. 5. A jurisprudência dominante desta Suprema Corte é no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. Precedentes. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - RHC: XXXXX ES XXXXX-08.2017.3.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 08/06/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 28/06/2021)

Nos casos julgados pelo STJ, a quantidade de droga apreendida não tem sido, por si só, fundamento válido para afastar a minorante do tráfico privilegiado.

"Embora tenha externado minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da lei de drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas, por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal."

Apesar da ressalva, Ribeiro Dantas propôs a revisão das orientações estabelecidas nos dois primeiros itens do EREsp 1.887.511, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria. Segundo o magistrado, no julgamento do ARE 666.334, o STF reafirmou a jurisprudência de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga devem ser levadas em consideração somente em uma das fases do cálculo da pena. Para o ministro, não parece adequado o uso apenas supletivo da quantidade e da natureza da droga na terceira fase.

Ribeiro Dantas comentou que a adoção de tal posicionamento resultará, em regra, na imposição de penas diminutas, abaixo do patamar de quatro anos de reclusão, como decorrência da incidência da minorante no grau máximo, ressalvados os casos de traficantes reincidentes ou integrantes de grupos criminosos. O ministro apresentou a proposta, acolhida por maioria pela 3ª seção, de manutenção do entendimento anterior do STJ, endossado pelo STF. No caso em julgamento, o juiz havia afastado o tráfico privilegiado em razão da quantidade de maconha apreendida (147 kg). Aplicando a posição do STF de que a quantidade, em si, não basta para negar a minorante, mas levando em conta o volume expressivo da apreensão, Ribeiro Dantas reduziu a pena do réu na fração mínima prevista em lei, de um sexto.

Englobando todas as análises, como já visto, a jurisprudência interpreta conjuntamente a quantidade e natureza, sendo uma circunstância única, mas em decorrência da pesquisa e estudo dentro desse contexto, a presente interpretação é

a de que não deve ser utilizado apenas um critério, bem como o mesmo não tenha divergência de tratamento conforme local, tendo como exemplo uma apreensão de quantidade razoável ou expressiva de cocaína em uma cidade do interior, com a mesma quantidade em uma metrópole. Certas quantidades e natureza em determinado local apreendido, deve haver uma outra forma de aplicação para que não ocasione injustiça na devida sentença.

CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado neste estudo, pode-se concluir que o princípio da individualização da pena no delito de tráfico de drogas, de modo geral, ainda é bastante violado pela legislação. No primeiro momento a pena se dá com a seleção feita pelo legislador, e apenas são objeto do direito penal as condutas que atacam os bens jurídicos ao convívio social. Após cometida a infração penal, dá-se o segundo momento da individualização com a aplicação da sanção penal pelo órgão julgador. Por fim, o terceiro momento aplica-se à possibilidade da progressão de regime de acordo com seu merecimento e conduta.

O objetivo deste trabalho foi identificar, em cada uma das três fases do método dosimétrico previsto no Código Penal brasileiro, as margens de discricionariedade que o legislador atribui ao julgador, bem como quais parâmetros merecem atenção para o uso dessas decisões, considerando-se decisões arbitrárias aquelas que impossibilitam ou dificultam o contraditório ou desrespeitam princípios essenciais à aplicação da pena, quais sejam, o princípio da individualização, o *bis in idem* e da devida fundamentação.

Em primeira fase, ao analisar o tratamento doutrinário acerca das circunstâncias judiciais no que tange à identificação dos oito vetores no caso concreto, falta, nas decisões apontadas, maior análise ligando o conceito do vetor (por exemplo, conduta social) ao que efetivamente ocorreu no caso em questão. O preenchimento do vetor deve dar-se o tipo penal perante a conduta. Para que essa análise possa ser feita de maneira correta é necessário haver consenso sobre o conceito de cada vetor, não podendo haver discricionariedade, sob pena de se abrir ampla margem para decisões (como exemplo, personalidade), em que a doutrina aponta ampla discussão e a jurisprudência aplica como “personalidade voltada à prática delitiva”.

Sendo assim, duas coisas são necessárias para reduzir a possibilidade de um poder absoluto: a primeira é a definição dos conceitos previstos no artigo 59 do Código Penal, o que deveria ser feito pela legislação, a fim de que os conceitos não dependem de cada julgador. O contraditório é extremamente dificultado quando não existe um conceito claro e semelhante a jurisprudência. Além da identificação das circunstâncias, temos a pena-base pela qual é exasperada puramente pelo juiz ou tribunal, sem a indicação de qual método utilizado para se chegar no quantum de exasperação, e assim impossibilita-se o contraditório. O método de definição da pena-

base de cada vetor identificado deveria ser entendimento sumulado, de modo que todos os julgadores apliquem a mesma metodologia, evitando que casos semelhantes recebam tratamentos distintos pela jurisprudência.

Em segunda fase, foram analisadas as circunstâncias judiciais no que condiz com as preponderâncias, compensações e metodologia de quantum. Quanto à metodologia do quantum, aplicam-se as mesmas observações já feitas na definição da pena-base. Há pouca margem de discricionariedade na identificação das atenuantes e agravantes no caso concreto, porém as divergências doutrinárias acerca das preponderâncias acabam por abrir margem a fundamentações pouco passíveis de contraditório devido à ausência de definição. A fim de pacificar a matéria, o dispositivo no artigo 67 do Código Penal deveria ser alterado por lista, prevista no próprio Código, indicando quais são agravantes e as atenuantes preponderantes. Necessário também Súmula pacificando o entendimento sobre a atenuante da menoridade relativa.

Em terceira fase, a discricionariedade do julgador parece reduzida em relação às demais, existindo principalmente na definição do quantum de cada majorante ou minorante, na qual igualmente um entendimento sumulado reduziria a possibilidade de poder. Na razão de manter o método dosimétrico, a fase anterior é também o melhor para evitar arbitrariedade e permitir adequação na individualização da pena. Isto é, dentro da margem permitida por Lei na definição do quantum, o julgador deve decidir pelo grau de reprovabilidade indicado pela análise global das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Contudo, como bem destacou o principal estudo, às normas de caráter penal na redação do artigo 42, em se tratando de crimes de tráfico de entorpecentes, deve ser utilizado o artigo 59 do Código Penal, apresentando as formas de aplicação da pena devido à natureza e quantidade da droga, em conjunto com a conduta e a personalidade do agente. A natureza sendo aplicada a diferenciação da pena perante a nociva substância apreendida com a tamanha quantidade.

Por fim, de modo geral o método dosimétrico de individualização da pena precisa de reformas legislativas e de maior atenção dos tribunais superiores, de modo que o julgador tenha a margem de discricionariedade necessária para tratar cada caso como único, porém com definições mais precisas de conceitos, limites definitivos em termo de entendimentos e metodologias a serem utilizadas. Caso contrário o abuso das decisões continuará a existir, com pouca ou nenhuma possibilidade de

contraditório, já que não se pode contestar o que encontra razões puramente na vontade do julgador.

Ao encerramento dessa pesquisa, foi perceptível uma grande objeção na qual se questiona que a pena aplicada em natureza e quantidade não deve possuir um outro critério para aplicação em devidos lugares e cidades. Como pode-se aplicar uma pena mais branda em uma cidade grande e mais rigorosa em cidades menores, sendo a mesma natureza e a mesma quantidade? Sem contestações, devemos então aplicá-las como uma circunstância única perante a jurisprudência se posiciona.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001
- BECCARIA, **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 1954, p. 10; 106.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional Esquematizado e Teoria da Constituição**, 7. ed., p. 51.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição: Coimbra, Almedina, 1999.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios fundamentales*. 3ª. Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 210.
- CARVALHO, Amiton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2002
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.p. 37
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2010
- GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes (coord.). **Nova Lei Antidrogas Comentada**. São Paulo: Quartier, 2007, p. 232.
- HC 93.459/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 22.04.2008.
- LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06**. Curitiba, Juruá, 2010. p. 341
- Lenza, Pedro. **Direito Constitucional**, ed. 24 p.64/2020.
- Lenza, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. ed. 24º p. 75/2020

- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral** - vol. 1 / Cleber Masson. - 11.ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2017.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997. p.43
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 126; 175.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.126
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014
- SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Ridel, 2006, p.185
- SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. Imprensa: Barueri, SP, Manole, 2011 p.23, 2ª ed.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STJ, HC 529428/RJ, 2019 - _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 529428**. Relator: Ribeiro Dantas. Julgamento em 10 out. 2019. Diário Oficial da União. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902537476&dt_publicacao=15/10/2019>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- STJ, AgRg no REsp 1405233/PA, 2017 – _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1405233**. Relator: Felix Fischer. Julgamento em 27 jun. 2017. Diário Oficial da União. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303123777&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 26 nov. 2019
- Supremo Tribunal Federal: HC 111485, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 18/10/2013; HC 117024, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 25/09/2013; HC 111288, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 08/08/2013.

Supremo Tribunal Federal: HC 118267, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 29/11/2013; HC 115708, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 18/10/2013; RHC 116066, Rel. Min. Cármen Lucia, DJe de 18/04/2013; RHC 115486, Rel. Min. Cármen Lucia, DJe de 01/04/2013; HC 113210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 22/10/2012; HC 113376, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 03/06/2013.

Supremo Tribunal Federal. HC 109193, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013.)

TELES, Ney Moura. **Direito penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, v. 2, 2014.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 98.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Ed 9. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 1, 2011. P. 707