

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

GIULIA TELLES JAFELICE

Nº USP 9840803

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E TRÁFICO PRIVILEGIADO:

A amplitude da lei penal e a discricionariedade dos julgadores

Orientadora: Prof^ª. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

SÃO PAULO

2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

GIULIA TELLES JAFELICE

Nº USP 9840803

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E TRÁFICO PRIVILEGIADO:

A amplitude da lei penal e a discricionabilidade dos julgadores

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

SÃO PAULO

2021

BANCA EXAMINADORA

Data: ____/____/____

Prof. Dr. _____ Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____ Assinatura: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Este trabalho marca o final de um ciclo de seis anos de muito crescimento e aprendizado. A São Francisco me trouxe muitas coisas boas, especialmente amigos incríveis e uma paixão pelo Direito Penal que vou levar para o resto da vida.

Agradeço aos meus pais, por todo o apoio que sempre me deram no caminho para minhas conquistas. Com eles eu aprendi a importância da educação, do esforço e da responsabilidade para atingir os meus objetivos. Agradeço também à minha irmã, por toda influência que sempre teve sobre mim e por todas as nossas trocas. Embora sejamos de áreas totalmente diferentes, partilhamos o desejo de amenizar o sofrimento daqueles que precisam.

Agradeço à minha orientadora, Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, por toda a ajuda no processo da Tese de Láurea e pelas palavras que por vezes pareciam salvar minha vida em poucos minutos.

Por fim, deixo o agradecimento mais importante, a todos os amigos que partilharam comigo os anos de graduação: Andréa, Camila, Francisco, João Marcelo, Julia, Letícia Carvalho, Letícia Meirelles, Mariana e Renata. Obrigada por dividirem momentos tão importantes e por alegrarem o meu cotidiano na Sanfran. Em especial, agradeço à Beatriz e ao Raphael, meus companheiros de sexto ano, de Defensoria Pública e, principalmente, das dores e alegrias do Direito Penal. Espero que continuemos juntos nessa jornada.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo verificar como se dá a aplicação de penas restritivas de direitos a casos de tráfico “privilegiado” (minorado pela causa de diminuição do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006), a partir da análise de 60 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Observou-se que os requisitos necessários para a aplicação de pena restritiva de direitos, por sua abertura conceitual e sua carga valorativa, podem ampliar a discricionariedade dos julgadores de maneira perigosa, afastando-se de um sistema garantista. Na pesquisa empírica, ficou evidente que os conceitos abertos do artigo 44 do Código Penal são preenchidos por considerações a respeito da gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas, tomadas como sintomas de uma personalidade desviada. Associa-se, portanto, o traficante (mesmo eventual) a um indivíduo perigoso. Também foi analisada a influência da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça e do *habeas corpus* coletivo 596.603, exarados no ano de 2020, para a aplicação das penas restritivas de direitos a casos de tráfico privilegiado. Verificou-se que a Recomendação 62 e preocupações com a pandemia de Covid-19 em geral foram pouco mencionadas, ao passo que o *habeas corpus* já se demonstrou importante para mudanças no julgamento dos desembargadores.

Palavras-chave: penas restritivas de direitos; alternativas penais; lei de drogas; tráfico privilegiado; aplicação de pena.

ABSTRACT

This paper aims to verify the application of “penas restritivas de direitos” (an alternative sanction to prison) in cases of "privileged" drug trafficking (reduced by the article 33, §4 of Law 11.343/2006). It was based on the analysis of 60 decisions of the Court of Justice of the State of São Paulo. It was observed that the necessary requirements for the application of “pena restritiva de direitos”, for its conceptual openness and its evaluative load, can expand the discretion of the judges in a dangerous way. In the empirical research, it became evident that the open concepts of article 44 of the Penal Code are filled by the judges with considerations regarding the abstract gravity of the crime of drug trafficking, taken as symptoms of a deviant personality. The drug dealer (even an eventual dealer) is associated, therefore, with a dangerous individual. The paper also analyzed the influence of Recommendation no. 62 of the National Council of Justice and the collective *habeas corpus* 596.603, both issued in the year 2020, for the application of “penas restritivas de direitos”. It was verified that Recommendation 62 and concerns about the Covid-19 pandemic in general were barely mentioned, while the *habeas corpus* has already shown to be important for changes in judgment.

Key words: alternative sanctions; drug trafficking; privileged trafficking; sentence application.

LISTA DE SIGLAS

ANPP – Acordo de Não-Persecução Penal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

HC – *Habeas Corpus*

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

ILANUD – Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente

PRD – Pena Restritiva de Direitos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
1.1. Apresentação do tema.....	6
1.2. Justificativa do tema.....	8
1.3. Metodologia.....	11
2. ALTERNATIVAS PENAIIS: HISTÓRICO E PERSPECTIVA CRÍTICA	13
2.1. Retrospectiva histórica da implementação de alternativas penais no Brasil.....	13
2.2. Visão crítica das alternativas penais no contexto brasileiro	17
3. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS: DEFINIÇÃO E LIMITAÇÕES ..	19
3.1. O que é a pena restritiva de direitos?	19
3.2. As limitações para a aplicação das penas restritivas de direitos.....	22
4. LEI DE DROGAS: HISTÓRICO E PROBLEMAS	28
4.1. Recapitulação histórica da persecução penal ao comércio de entorpecentes no Brasil	28
4.2. A Lei 11.343/2006 e o tráfico privilegiado.....	32
4.3. A desproporcionalidade punitiva da Lei de Drogas	37
5. PESQUISA EMPÍRICA: A APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS A CASOS DE TRÁFICO PRIVILEGIADO NO TJSP	41
5.1. Seleção da amostra	41
5.2. A amostra analisada	43
5.3. A aplicação da pena restritiva de direitos.....	44
5.4. Diferença entre os períodos analisados	53
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
7. BIBLIOGRAFIA.....	60
8. APÊNDICE: ACÓRDÃOS ANALISADOS	63

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação do tema

O presente trabalho busca analisar a aplicação de penas restritivas de direitos a casos de tráfico de drogas com pena reduzida pela aplicação da causa de diminuição do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Inseridas no ordenamento jurídico em 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal (CP), as penas restritivas de direitos (PRD) são formas de substituição da pena privativa de liberdade que incluem prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos (artigo 43 do Código Penal).

Desde a sua origem, as PRD se fundamentam na ideia ter a aplicação restrita somente a casos em que esta seja necessária. Ou seja, deveriam ser aplicadas penas restritivas de direitos somente a indivíduos menos perigosos, ao contrário da prisão. Isso fica claro já na exposição de motivos da parte geral do Código Penal de 1984:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de **restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade**, como meio eficaz de impedir a ação criminógena de cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na **busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito**. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

[...]

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área [...] (BRASIL, 1983. Grifou-se).

Diante disso, a aplicação de penas restritivas de direitos a crimes de tráfico de drogas é limitada, porque são aplicáveis tão somente a delitos apenados com menos de quatro anos de prisão (entre outros critérios), e o crime de tráfico (artigo 33 da Lei 11.343/2006) tem pena de 5 a 15 anos. Por esse motivo, as PRD são cabíveis apenas ao chamado tráfico “privilegiado”¹,

¹ Um crime privilegiado deve estabelecer novos limites para a pena, e não somente uma causa de diminuição em frações, como é o caso. No entanto, este trabalho usará o termo tráfico privilegiado por ser a terminologia usual, embora tecnicamente incorreta.

ou seja, minorado pela causa de diminuição descrita no artigo 33, parágrafo 4º: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (BRASIL, 2006).

Embora as penas restritivas de direito e outras alternativas penais tenham surgido em um contexto de questionamento da privação de liberdade, sua efetividade na diminuição do encarceramento tem sido questionada, especialmente com o crescimento do número de encarcerados longo dos anos 2000. Soma-se a isso o fato de o tráfico de drogas ser um dos crimes mais rigidamente punidos em nosso ordenamento jurídico, e verifica-se um cenário que pouco favorece a aplicação de penas alternativas a esse delito.

Ademais, tanto o artigo 44 do Código Penal – que estabelece os requisitos para aplicação da pena restritiva de direitos – quanto o artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas – tráfico privilegiado – incluem termos vagos e de alto caráter valorativo, o que permite que os julgadores tenham grande flexibilidade para decidir pela aplicação ou não dos institutos.

Nesse sentido, é importante analisar, na prática, como se dá a aplicação de penas restritivas de direitos a casos de tráfico privilegiado. Neste trabalho, isso será feito a partir da análise de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), conforme será explicado na metodologia. A pergunta principal de pesquisa será “Como ocorre a aplicação de penas restritivas de direitos a casos de tráfico privilegiado? De que maneira a lei possibilita ou dificulta essa aplicação?”.

A fim de responder ao questionamento proposto, primeiro será realizado um resgate do contexto de surgimento das penas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro e explicação das críticas relativas à sua aplicação. Em seguida, serão explicadas as penas restritivas de direitos em si, com especial enfoque na redação do artigo 44 do Código Penal e suas problemáticas. Nesse momento, serão utilizadas referências do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e sua leitura feita por Salo de Carvalho no que diz respeito à aplicação de pena.

Ainda, será feita uma análise da evolução histórica da repressão ao comércio de entorpecentes do Brasil e da Lei de Drogas atual, com destaque para sua alta punitividade e a diferenciação entre traficante e usuário. Por fim, será exposto o instituto do tráfico privilegiado, como um intermediário entre a extrema punição do tráfico de drogas e a despenalização do porte para consumo, e as dificuldades referentes a sua aplicação.

Com esse arsenal teórico, será possível passar à pesquisa empírica, feita a partir de 60 acórdãos² selecionados no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O objetivo será compreender como a lei penal, com suas problemáticas inerentes, é articulada na prática para permitir ou impedir a aplicação de alternativas penais aos casos analisados; verificar como a dogmática se concretiza na prática do tribunal.

A análise será centrada no ano de 2020. Essa escolha foi feita justamente pelo caráter atípico desse período, marcado pela pandemia de Covid-19, que permitiu a emissão de recomendações e decisões judiciais focadas no desencarceramento, como a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o *habeas corpus* (HC) coletivo 596.603/SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ)³. Trata-se de institutos que, ao menos em tese, serviriam de incentivo para uma maior aplicação de penas restritivas de direitos, sendo o ano de 2020 tomado como marco para verificar se isso de fato ocorreu.

A primeira diz respeito a indicações genéricas, emanadas com objetivo de diminuir o encarceramento de pessoas durante o estado de calamidade pública criado pela pandemia. Já o segundo trata especificamente da aplicação de penas restritivas de direitos e regimes mais brandos de cumprimento inicial de pena a casos de tráfico privilegiado. Desse modo, pode ser elencado um segundo objetivo de pesquisa: verificar se a pandemia de Covid-19 e as recomendações exaradas no ano de 2020 tiveram algum impacto na aplicação de PRD aos casos verificados.

1.2. Justificativa do tema

Tradicionalmente, a dogmática justifica a pena a partir de duas funções: retributiva e preventiva. A retribuição parte do pressuposto de que a pena é um mal justo, imposto sobre o mal injusto do crime para reforçar a norma infringida (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 421). É a função mais antiga atribuída às penas, já que sua essência remonta ao próprio talião – olho por olho, dente por dente.

Já a prevenção é dividida entre prevenção geral e prevenção especial. A primeira foca nos efeitos da condenação sobre a sociedade como um todo. A punição serviria para impedir o

² A relação dos acórdãos analisados encontra-se no apêndice.

³ Esse julgamento não teve como contexto específico a pandemia de Covid-19, mas por ter sido no mesmo ano de 2020, contribui para o recorte temporal selecionado.

restante das pessoas de cometerem crimes, tanto por intimidação e medo da punição (prevenção geral negativa), quanto pela reafirmação da validade da norma (prevenção geral positiva).

A segunda, por sua vez, vê como destinatário da pena o próprio condenado, e busca impedi-lo de cometer novos delitos. Isso pode ser feito através de sua neutralização, já que ele deixa de delinquir por estar afastado da sociedade (prevenção especial negativa), ou por sua ressocialização e/ou tratamento (prevenção especial positiva). Ambas as perspectivas partem do pressuposto de que o criminoso é uma pessoa distinta das demais, seja por fatores naturais, sociais ou psicológicos. A diferença é que, enquanto a primeira busca inocuizá-lo, a segunda acredita em sua recuperação e correção a partir dos critérios estabelecidos pela sociedade – perspectiva correcionalista.

Ao longo da modernidade e do processo de consolidação do capitalismo, a pena privativa de liberdade conquistou espaço como a principal forma de punição dos delitos no mundo ocidental. Embora tenha sido reformulado ao longo do tempo, o cárcere até hoje mantém essa posição de centralidade, e é constantemente embasado a partir das funções descritas acima.

Não obstante, com o passar do tempo e com o crescimento do encarceramento, surgiram movimentos de questionamento da efetividade da prisão, que culminaram na busca de alternativas à privação de liberdade, especialmente a partir dos anos 1980.

No Brasil, isso se traduziu em uma nova parte geral do Código Penal (1984)⁴, na inclusão das penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico (Lei 7.209/84), na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e nas leis dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01) (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 8). No plano internacional, destacam-se as Regras de Tóquio (1990), que incentivam a adoção de meios alternativos ao cárcere pelos Estados signatários.

Os marcos legais mencionados partem do pressuposto de que a prisão, ao menos nos moldes existentes, não cumpria função ressocializadora, devendo ser relegada a crimes de maior gravidade. As penas e medidas alternativas cumpririam melhor a função de prevenção especial positiva, uma vez que não retiram o condenado do convívio familiar e social. Além disso, tais

⁴ “Um dos propósitos presentes no discurso para a introdução das penas restritivas de direitos no Brasil, presente na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal em 1984, é a restrição da utilização da pena de prisão tendo em vista os malefícios produzidos pela submissão de indivíduos ao cárcere” (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 3).

alternativas apontavam, quando de sua aprovação, para uma possibilidade de diminuição do encarceramento no Brasil.

Entretanto, mais de trinta anos depois dessas mudanças legislativas, percebe-se que o encarceramento no Brasil aumentou em níveis preocupantes. De acordo com o SISDEPEN⁵, no final de 2019 o Brasil contava com cerca de 748.000 pessoas presas. Em 1994, esse valor era de 129.000 (CARVALHO, 2010, p. 12). Isso representa aumento de quase 480% em 25 anos.

Diante disso, a aplicação de penas alternativas também passou a ser questionada, ao menos no que diz respeito a seu suposto caráter desencarcerador. Para a criminologia crítica, foram somente criados novos espaços de controle social e até mesmo novas possibilidades de encarceramento, uma vez que a prisão é a punição para o descumprimento desse tipo de medida. O cárcere mantém sua posição central, mesmo à luz das novas possibilidades punitivas (CARVALHO, 2010).

No entanto, embora os dados deixem claro que não houve diminuição no encarceramento brasileiro após a implementação das alternativas penais, não há análises recentes e específicas a respeito de sua aplicação pelos magistrados. É neste ponto que se localiza a pesquisa a ser realizada, que buscará verificar de que maneira a legislação penal é mobilizada na prática para expandir ou diminuir as possibilidades de aplicação de penas alternativas.

Optou-se por observar apenas as penas restritivas de direitos, não somente por questões de escopo e de tempo, mas também por ser esta a alternativa penal que pode ser aplicada a crimes de maior potencial ofensivo (penas de até quatro anos). Dessa forma, essa sanção é a que tem maior possibilidade de realmente substituir a prisão, vez que é aplicável a delitos como o furto e o tráfico privilegiado, responsáveis por parcela significativa da população carcerária.

Também escolheu-se focar a análise no delito de tráfico de drogas justamente por sua contribuição para o encarceramento no país. Dados do SISDEPEN 2020 demonstram que 32,39% da população carcerária brasileira está presa por delitos ligados à Lei de Drogas⁶.

⁵ De acordo com o site do Governo Federal, “o SISDEPEN é a plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Os dados são periodicamente atualizados pelos gestores das unidades prisionais desde 2004. Substituiu o Infopen Estatísticas reformulando a metodologia utilizada, com vistas a modernizar o instrumento de coleta e ampliar o leque de informações coletadas”.

⁶ Os crimes contra o patrimônio também correspondem a parcela significativa dos encarceramentos, com 38,65%. No entanto, optou-se por não os analisar por que estes podem envolver violência ou grave ameaça, fatores que impedem a aplicação de penas restritivas de direitos.

Pesquisas anteriores, como a de Marcelo Semer (2019), já apontaram a importância do papel dos magistrados no encarceramento de pessoas condenadas por tráfico, o que demonstra relevância da temática aqui tratada. Não obstante, a pesquisa terá enfoque distinto, apontando os problemas da redação das leis penais e como estes se traduzem na prática forense.

1.3. Metodologia

Para atingir os objetivos mencionados, o presente trabalho utiliza-se do método qualitativo. Pode-se dividir a pesquisa em duas partes. A primeira traz explicações e análises das leis, conceitos e institutos jurídicos analisados, tendo como ponto de partida a teoria garantista do Direito Penal. Já a segunda trata de como a aplicação de penas restritivas de direitos realmente se efetiva, com o estudo de acórdãos sobre casos de tráfico privilegiado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Na primeira parte do trabalho, são utilizadas primordialmente fontes secundárias de informação, a fim de compreender as leis e institutos jurídicos analisados, bem como seu contexto de formulação. Já na segunda parte, há também fontes primárias de informação, que são os próprios acórdãos.

A análise de precedentes e processos judiciais é uma vertente da pesquisa documental que pode ser usada para “descrever e analisar a aplicação dos comandos normativos e atuação das sanções que os acompanham e caracterizam” e analisar “o comportamento dos atores sociais e estatais que atuam junto ao sistema de justiça” (SILVA, 2017, p. 282 e 284). Por este motivo, foi selecionada como a metodologia mais adequada para a concretização dos objetivos de pesquisa. Afinal, o que se busca é verificar como atuam os juízes na aplicação de um comando normativo específico a determinado caso.

Silva (2017) também ressalta que “qualquer norma jurídica [...] pode, em princípio ser analisada através de processos judiciais” (SILVA, 2017, p. 282) para que se verifique sua eficácia. Assim, trata-se de estratégia adequada à pesquisa.

Uma vez compreendida a estrutura do trabalho, é necessário justificar algumas escolhas metodológicas. A restrição espacial (estado de São Paulo) se deu por motivos de escopo e de tempo, bem como pela proximidade do referido Tribunal ao cotidiano da pesquisadora e da própria Universidade de São Paulo.

Já a restrição temporal para o ano de 2020, conforme exposto, tem o objetivo de verificar possíveis impactos da pandemia de Covid-19 e de orientações de órgãos administrativos e judiciais emanadas nesse período – notadamente, a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça e o *habeas corpus* coletivo 596.603/SP, julgado pelo STJ – para o objeto de estudo, uma vez que tais circunstâncias podem ter sido estímulos extras para a aplicação de penas restritivas de direitos.

Foram selecionados 60 acórdãos, distribuídos em todo o período de 2020 da seguinte maneira: 20 proferidos entre 1º de janeiro e 16 de março de 2020 (antes de a pandemia atingir o Brasil de maneira significativa); 20 proferidos entre 17 de março (data da Recomendação 62 do CNJ) e 07 de setembro de 2020 e 20 proferidos entre 08 de setembro (data do *habeas corpus* coletivo 596.603/SP) e 31 de dezembro de 2020.

Para realizar a comparação entre os períodos do ano, foi necessário encontrar uma forma de uniformização em outros fatores que possam atingir a decisão judicial. Por esse motivo, optou-se por analisar decisões de Segunda Instância (acórdãos), uma vez que o foco em decisões da Primeira Instância (sentenças) poderia trazer dificuldades comparativas pela grande diversidade de julgadores, com diferentes concepções e abordagens. O TJSP, ainda, é um Tribunal com jurisprudência relativamente uniforme.

Inicialmente, será feita uma análise quantitativa de todos os acórdãos, verificando a taxa de aplicação e não aplicação da pena restritiva de direitos. Ressalta-se, no entanto, que sessenta é um número baixo de decisões para que se tenha uma análise estatisticamente precisa e generalizável ao universo de decisões do Tribunal. Por esse motivo, o foco do trabalho será a análise qualitativa, feita em acórdãos selecionados excluindo-se as decisões repetidas, com pouca fundamentação, ou com informações insuficientes para a análise.

Posteriormente, será realizada uma análise dessas decisões à luz do aporte teórico selecionado, verificando quais conceitos da lei penal são usados pelos magistrados em suas decisões, e de que maneira são por eles significados. Assim, a pesquisa tem caráter explicativo, pois busca identificar fatores que contribuem para a ocorrência de determinado fenômeno (GIL, 2008, p. 29).

2. ALTERNATIVAS PENAIS: HISTÓRICO E PERSPECTIVA CRÍTICA

2.1. Retrospectiva histórica da implementação de alternativas penais no Brasil

De maneira simplificada, pode-se definir as alternativas penais como formas de cumprimento de pena que não incluem a privação de liberdade. De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2012):

Os substitutivos penais constituem estratégias de política criminal formuladas com o objetivo de evitar ou reduzir os efeitos negativos do processo de criminalização ou de execução penal, mediante substituição de mecanismos formais por mecanismos informais de controle social de fatos puníveis de leve ou média gravidade – a exceção é o livramento condicional extraordinário –, realizados por autores considerados não perigosos, sob o fundamento de que a intervenção judicial produz maior dano do que utilidade (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 563).

A Portaria nº 495/2016, que estabelece a Política Nacional de Alternativas Penais, traz em seu artigo 1º:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Alternativas Penais, com o objetivo de desenvolver ações, projetos e estratégias voltadas ao enfrentamento do encarceramento em massa e à ampliação da aplicação de alternativas penais à prisão, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade.

Parágrafo único. Para os fins desta Portaria, as alternativas penais abrangem:

- I - penas restritivas de direitos;
- II - transação penal e suspensão condicional do processo;
- III - suspensão condicional da pena privativa de liberdade;
- IV - conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa;
- V - medidas cautelares diversas da prisão; e
- VI - medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2016).

Apesar disso, existem divergências em relação ao objeto de estudo quando se fala em “alternativas penais”, uma vez que são diversos os institutos penais que podem ser incluídos sob esse gênero (DORNELLES DE SOUZA, 2014, p. 10 e 11). Além dos mencionados acima, pode-se ainda incluir o acordo de não persecução penal (ANPP), inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.694/2019 (“Pacote Anticrime”).

Existe também uma discussão a respeito da nomenclatura dada a estes mecanismos. Os nomes mais comuns são “penas alternativas” e “medidas alternativas”, embora também se utilize “alternativas penais” ou “substitutivos penais”, entre outros⁷. Não se nega a importância

⁷ Sobre o assunto, “Punir Menos, Punir Melhor: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil”, de Guilherme Augusto Dornelles de Souza.

desses debates, mas, para os fins deste trabalho, os termos serão utilizados como intercambiáveis. Da mesma forma, considerar-se-ão penas alternativas aquelas elencadas na Portaria 495/2016.

No ordenamento jurídico brasileiro moderno, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade surgiu com a elaboração da atual parte geral do Código Penal, em 1984. Nesse momento, foram introduzidas as penas restritivas de direito, objeto deste trabalho (DORNELLES DE SOUZA, 2014, p. 9). Posteriormente, suas modalidades foram ampliadas pela Lei nº 9.714/98 e outras possibilidades de penas alternativas foram introduzidas pela Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e pela própria Lei de Drogas, no caso de porte para consumo.

Essas alterações legislativas se alinham ao contexto internacional da época, evidenciado pelo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente de 1990 (Regras de Tóquio), que coloca uma série de princípios para promover o uso de medidas não privativas de liberdade. De acordo com esse tratado, a prisão deveria ser utilizada somente para crimes graves e para condenados “perigosos”⁸, enquanto os demais casos seriam tratados com alternativas penais (BERDET; SILVA, 2011, p. 2).

Nota-se, portanto, que a conjuntura internacional estava questionando a efetividade da pena privativa de liberdade para a prevenção de novos delitos e pautando a manutenção dos laços afetivos e familiares do criminoso no tratamento da criminalidade:

[As alternativas penais surgem de] Um movimento que tem como propósito a contraposição ao paradigma prisional e, neste ato, à produção e à afirmação de uma nova configuração do monitoramento penal. Com o propósito de romper com o paradigma prisional, as alternativas penais postulam as liberações dos muros das prisões, do arsenal de chaves das sucessivas grades e das supostas divisórias das celas, de todo o sistema de segurança e de disciplina que constituiu o modo de monitoramento penal do regime de pena privativa de liberdade. (BERDET; SILVA, 2011, p. 2)

Não obstante, as origens desse movimento têm diferentes explicações na literatura. A primeira delas afirma que a luta pela implementação de penas alternativas se funda nos princípios humanitários da pena e na percepção dos malefícios da privação de liberdade. Dessa maneira, as condições precárias do cárcere e suas consequências para o indivíduo, incluindo

⁸ Cabe mencionar que a periculosidade não é um conceito utilizado na medicina ou psicologia, sendo próprio do direito, e também não possui definição legal. A problematização desse conceito é extremamente relevante, embora não haja espaço para fazê-la com profundidade neste trabalho.

altas taxas de reincidência, teriam sido percebidas pela sociedade, o que trouxe a necessidade de métodos alternativos de punição (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 564 e 565).

Já a criminologia crítica trata de motivações de caráter prático para a introdução de alternativas penais. Em primeiro lugar, a superlotação carcerária começava a mostrar suas consequências, tornando cada vez mais difícil o controle dos indivíduos em privação de liberdade. Revoltas e rebeliões em presídios tornavam-se mais comuns (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 566). Juarez Cirino dos Santos menciona, ainda, a “superpopulação encarcerável”, ou seja, os diversos mandados de prisão não cumpridos por ausência de vagas, que demonstravam a incapacidade de absorção de nosso sistema penitenciário já sobrecarregado.

Além disso, existem explicações econômicas para o fenômeno, pautadas nos altos custos de manutenção do sistema penitenciário, da rede de assistência aos presos, da segurança, do policiamento e de programas de assistência ao egresso (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 567). Em um cenário de crise econômica, como era o do Brasil nos anos 1990, a diminuição de gastos públicos passou a ser a tônica. Conforme aponta Guilherme Augusto Dornelles de Souza (2013, p. 8): “Não estava em questão uma ampliação da tolerância ou uma renúncia do Estado ao controle de certas condutas, mas sim a procura por meios mais eficazes e menos onerosos para o controle”.

Assim, a política penal foi ao encontro das tendências gerencialistas observadas na Administração Pública como um todo, que buscavam incluir critérios de custo-benefício e conceitos da administração privada no setor público. O maior exemplo disso foi a incorporação, em 1998, da eficiência como um princípio da Administração Pública no artigo 37 da Constituição Federal.

Importante destacar que as explicações mencionadas não são excludentes e, inclusive, podem ser razões complementares para o fenômeno. A superpopulação carcerária, por exemplo, agrava as condições desumanas do cárcere, o que reforça as preocupações humanitárias apontadas anteriormente (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 566).

Nesse sentido, Dornelles de Souza (2013) afirma que havia ao menos sete tendências simultâneas na política criminal brasileira da época. Ao mesmo tempo em que se propunha uma “política criminal alternativa”, com despenalização de algumas condutas e ampliação das possibilidades de substituição da pena, havia a produção de leis mais punitivas, seja pelo incremento de penas para determinados delitos ou por restrições a garantias processuais:

Para “combater” o aumento da criminalidade, reforça-se a perspectiva da pena como castigo e a necessidade de supressão de direitos e garantias individuais, bem como de punições cada vez mais severas. Constitui-se um processo penal de emergência, destinado às condutas identificadas como carecedoras do maior rigor possível dentro das possibilidades de resposta estatal, representadas na figura dos “crimes hediondos” e das “organizações criminosas” (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 7).

Além disso, houve uma expansão horizontal do direito penal. Áreas que antes não eram seu objeto passaram a ser por ele reguladas, como a economia, o mercado financeiro, as relações de consumo e o meio ambiente. Importante destacar que essa ampliação do direito penal não foi acompanhada por uma diminuição de sua incidência em áreas tradicionais (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 7).

Por fim, houve novos arranjos das organizações de segurança pública, criação de leis com privilégios para determinadas categorias e também leis mistas, que levam em si mais de uma dessas tendências (DORNELLES DE SOUZA, 2014, p. 127).

Essa multiplicidade de direcionamentos na política criminal acabou resultando em uma característica marcante no que tange a discussão das penas alternativas: a separação entre os criminosos “perigosos” e os não perigosos (DORNELLES DE SOUZA, 2014, p. 131). Para os primeiros, a pena adequada seria a prisão, inclusive com restrição de garantias e da possibilidade de progressão de regime, como se vê na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990). Já para os segundos, seria possível a aplicação de medidas alternativas, uma vez que seriam sujeitos mais “recuperáveis”.

Dessa maneira, as alternativas penais mantinham o viés correccionalista como justificativa da pena, vendo o criminoso como pessoa a ser tratada ou reformada, a fim de voltar a se encaixar nos moldes socialmente propostos. É clara a influência do conceito positivista de delinquente, como uma pessoa doente, distinta dos demais.

A princípio, a classificação em um desses rótulos (perigoso ou não perigoso) deveria partir da decisão do magistrado, na avaliação dos critérios subjetivos para a imposição de penas alternativas. Conforme será melhor explorado adiante, essa submissão da pena a critérios ligados à personalidade do sujeito, difíceis de aferir concretamente, pode significar um retrocesso no Direito Penal, pois traz considerações de caráter moral para a punição. Além disso, muitos dos parâmetros utilizados para substituir a pena acabam por penalizar o indivíduo

em si, e não sua conduta, aproximando-se perigosamente de um Direito Penal do Autor (CARVALHO, 2008, p. 31 e 32).

Com o tempo, a legislação brasileira passou também a abarcar leis que estabeleciam a periculosidade do sujeito *a priori*, como a Lei de Drogas ou a Lei Maria da Penha. Nesses casos, não seria necessária avaliação individual da periculosidade, que é identificável a partir da própria conduta criminalizada (SOUZA, 2014, p. 123). O usuário de drogas, por exemplo, não representa perigo, enquanto o traficante sim. Esse ponto será aprofundado adiante.

2.2. Visão crítica das alternativas penais no contexto brasileiro

Diante do contexto paradoxal em que se deu a implementação das alternativas penais no direito brasileiro, diversas críticas podem ser tecidas em relação a elas. Embora seu objetivo principal (ao menos declarado) fosse a luta contra o superencarceramento e, conseqüentemente, pela melhoria das condições carcerárias, as estatísticas demonstram que o encarceramento não diminuiu desde então. Recorde-se que entre 1994 e 2019 houve aumento de 480% na população encarcerada.

Com base nesse dado, a criminologia crítica aponta que a prisão manteve sua centralidade e os substitutivos penais, na verdade, apenas se somaram ao cárcere como um novo elemento de legitimação e reprodução da lógica do encarceramento (CARVALHO, 2010, p. 8).

Nesse sentido, houve uma expansão da rede penal para além dos muros das prisões, sem que essas se esvaziassem. As medidas não foram de fato alternativas, mas sim somadas à privação de liberdade. Inclusive, as alternativas penais podem representar novas possibilidades de encarceramento, uma vez que, quando descumpridas pelo acusado, este pode ser preso.

Além disso, Juarez Cirino dos Santos (2012) aponta ainda para um aumento do controle carcerário devido à redução do tempo de passagem dos apenados pela prisão. Ou seja, quanto menos tempo cada pessoa fica aprisionada, mais pessoas conseguem ao menos passar pelo cárcere, o que significa um maior número de encarcerados em menor espaço de tempo (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 568).

Para Nalayne Pinto (2006), a convivência simultânea de tendências punitivas e alternativas no contexto brasileiro acabou por gerar um aumento na lógica punitiva do Estado, pois não alterou os processos criminalizantes da população mais vulnerável, uma vez que os agentes da justiça criminal continuam respondendo a apelos sociais por punições mais severas (PINTO apud. DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 8).

Outra explicação possível é que, por serem direcionadas, em sua maioria, a delitos de menor potencial ofensivo, as penas alternativas acabam por atingir indivíduos que já teriam baixas chances de serem encarcerados em primeiro lugar – receberiam pena privativa de liberdade em regime aberto ou semiaberto, por exemplo. Assim, o “público-alvo” das penas e medidas alternativas não seria o mesmo que o do cárcere, o que permitiu uma expansão simultânea de ambas as formas de controle (DORNELLES DE SOUZA, 2013 p. 5). Justamente as pessoas que possuem laços comunitários mais preservados são selecionadas para a substituição penal: indivíduos primários, com bons antecedentes, comprovação de emprego fixo, entre outros.

Para ilustrar essas considerações, Guilherme Augusto Dornelles de Souza menciona pesquisa de 2006 do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), que demonstrou que os condenados a penas alternativas já não cumpriam suas penas presos, pois outros institutos jurídicos evitariam sua privação de liberdade. Ademais, notou-se que os juízes substituíam a pena, em média, em casos de condenação de até dois anos, embora essa possibilidade se estenda para penas de até quatro anos (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 5).

Essas observações não significam que os substitutivos penais sejam um instituto negativo por si, mas sim que devem ser observados de acordo com seu contexto histórico e político. Por isso, as alternativas penais seriam “instrumentos em uma luta política” (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 17), que podem ser utilizados conforme diferentes mentalidades:

Se a instituição de alternativas penais à pena de prisão pode se dar a partir de diferentes perspectivas, então podem ser igualmente diferentes as formas como tais alternativas se articulam em relação às penas privativas de liberdade. Da mesma forma, diferentes maneiras de compreender as condutas e os sujeitos criminalizados poderão ser legitimadas em torno de algo que aparentemente é uma mesma política (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p. 12).

Exemplo disso são as mudanças de discurso em torno das alternativas penais ao longo do tempo. Se no início estas eram vistas justamente como medidas menos gravosas e, portanto, menos dessocializadoras, com o tempo passaram a ser percebidas como formas de impunidade. Consequentemente, foi necessário mudar sua forma de legitimação, mostrando-as como maneiras menos intensas – porém igualmente sancionatórias – de privação da liberdade. Dessa forma:

Do quase consenso em torno da necessidade dessas medidas em razão de serem mais ‘ressocializadoras’ que a prisão, as alternativas penais passam a ser invocadas em razão de serem penas mais adequadas e proporcionais para determinados delitos e pelas possibilidades que apresentam para consideração dos interesses da vítima na aplicação e execução da pena (DORNELLES DE SOUZA, 2013, p.15).

Inclusive, até mesmo para estimular sua aplicação pelos magistrados, era importante pintar as penas alternativas como “alternativas confiáveis ao encarceramento”, que tenham capacidade para incapacitar os infratores. Exemplo disso é a campanha promovida pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, “A solução não é punir menos, é punir melhor”, para estimular a aplicação da prestação de serviços à comunidade.

Percebe-se, portanto, que o discurso se deslocou da perspectiva correcionalista, pautada nas possibilidades de ressocialização, para uma perspectiva neutralizante do criminoso, em maior ou menor medida de acordo com o caso. E isso sem que houvesse qualquer modificação da legislação em si.

Isso demonstra como a mesma lei pode ser alterada em sua aplicação prática, sem que haja qualquer mudança na redação. Especialmente no caso das penas restritivas de direito, como será detalhado posteriormente, há grande abertura conceitual nos quesitos a serem analisados para a aplicação, o que aumenta os espaços de discricionariedade do julgador, possibilitando essa diversidade de aplicações possíveis.

Nota-se, assim, a importância de analisar a articulação prática das alternativas penais e como estas se aplicam a partir da mentalidade concreta dos operadores do direito, para verificar qual a política criminal que realmente se efetiva.

3. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS: DEFINIÇÃO E LIMITAÇÕES

3.1. O que é a pena restritiva de direitos?

Uma vez explicadas as origens das penas alternativas, é possível analisá-las com maior profundidade. Conforme mencionado, o centro deste trabalho serão as penas restritivas de direitos. Por isso, será dado foco a esta medida.

Partindo das penas elencadas na Portaria nº 495/2016, é possível fazer uma divisão básica em quatro grupos: institutos pré-processuais (transação penal e suspensão condicional do processo); soluções consensuais (conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa);

substituições de pena (pena restritiva de direitos e suspensão condicional da pena) e medidas cautelares (medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência). Nessa classificação, o ANPP, recentemente incluído no Código Penal, entraria na segunda categoria, pois trata-se de acordo entre o Ministério Público e o acusado.

Desse modo, embora todos os institutos estejam dentro do gênero “alternativas penais”, apenas a suspensão condicional da pena (*sursis*) e as PRD são substitutivas da pena de fato, pois impostas após a determinação de pena privativa de liberdade pelo juiz. Ainda, as penas restritivas de direito são as alternativas penais por excelência, uma vez que no *sursis* a pena, a rigor, está somente temporariamente suspensa.

Este é um dos motivos pelos quais se escolheu as PRD como objeto de pesquisa. Outra motivação é o fato de que elas se aplicam a delitos com penas de até quatro anos, enquanto as demais possibilidades mencionadas são aplicáveis a penas de até dois anos – crimes de menor potencial ofensivo, portanto. Dessa forma, as penas restritivas de direito são a sanção com maior possibilidade de contribuir para o desencarceramento, vez que são aplicáveis a delitos mais graves, responsáveis por parcela significativa da população carcerária.

Previstas no artigo 43 do Código Penal, as penas restritivas de direitos são penas que, como o nome já diz, restringem outros direitos que não a liberdade do indivíduo. São elas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos.

Juarez Cirino dos Santos (2012) estabelece três características principais para as PRD. Em primeiro lugar, são autônomas, porque são uma categoria independente – bem como as penas privativas de liberdade e a pena de multa – e sua execução extingue a punibilidade do sujeito. Além disso, são substitutivas, porque são colocadas no lugar da privação de liberdade. Por fim, são reversíveis, porque podem admitir reaplicação da pena da prisão em determinadas hipóteses (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 491).

Além disso, conforme o artigo 44 do Código Penal, as penas restritivas de direito exigem quatro condições para serem aplicadas: (i) pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, aplicada a crime sem violência ou grave ameaça, ou (ii) crime culposos, independentemente da pena; (iii) réu não reincidente em crime doloso; (iv) culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como motivos e circunstâncias do crime, que indiquem que a substituição é suficiente.

Ainda, o artigo 54 do CP estabelece a possibilidade de aplicação da substituição em crimes com pena fixada abaixo de um ano, mesmo que sejam dolosos e cometidos com violência e grave ameaça.

As hipóteses fundadas na natureza do delito e na duração da pena podem ser objetivamente verificadas, não impondo maiores dificuldades em sua aplicação.

A reincidência, embora possa comportar alguma complexidade na prática, também é conceito objetivamente definido pelo artigo 63 do Código Penal: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Ademais, o artigo 64 impõe que, para efeito de reincidência, não se consideram condenações anteriores cuja pena tenha sido cumprida ou extinta mais de cinco anos antes da nova infração. Também não se consideram crimes políticos e militares.

Portanto, a reincidência também é concretamente verificável. Importante ressaltar que, no caso das PRD, apenas indivíduos reincidentes em crimes dolosos ficam impedidos de receber a substituição de pena. Ou seja, quem comete um crime culposos e depois um doloso ainda é elegível para esse direito.

E mesmo os reincidentes em crimes dolosos podem receber pena restritiva de direitos, desde que “a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (art. 44, §3º, CP) (BRASIL, 1940). Nesse sentido, se verifica uma grande ampliação das possibilidades de aplicação da PRD, abarcando hipóteses que outras alternativas penais – como a suspensão condicional do processo, o ANPP e a suspensão da pena – não contemplam.

Não obstante, a submissão das penas restritivas de direito a critérios subjetivos, tais quais culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como circunstâncias e motivos do crime e “medida socialmente recomendável”, pode significar uma restrição de sua aplicabilidade concreta, uma vez que tais critérios ficam a cargo da discricionariedade do julgador.

3.2. As limitações para a aplicação das penas restritivas de direitos

Para permitir a aplicação de PRD, o legislador repetiu as condições do artigo 59 do Código Penal⁹, com exceção do comportamento da vítima: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime (art. 44, III do CP).

A culpabilidade é talvez o requisito mais discutido na doutrina, que critica sua utilização como circunstância judicial, uma vez que já é elemento constitutivo do delito. Trata-se de juízo de reprovação medido pela imputabilidade, consciência do injusto e exigibilidade de conduta diversa (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 517). Assim, não se entende qual seria o conceito de culpabilidade a ser usado para medir a maior ou menor reprovação da conduta.

Na prática, esse elemento acaba constituindo motivação genérica para o aumento da pena-base e, muitas vezes, com uso de elementos do próprio tipo penal (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 520).

Salo de Carvalho (2008) aponta que o conceito de culpabilidade, na aplicação de pena, acaba sendo adulterado. Ignora-se que a característica é inerente ao ato, e passa-se a utilizá-la como forma de reprovar a personalidade do réu:

Apesar da culpabilidade significar reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de autodeterminação, e esta não poder ser confundida com o juízo de censura moral, invariavelmente abandona-se a perspectiva garantista para vincular sua aplicabilidade ao julgamento ético/moral do autor, legitimando uma anomalia jurídica que é a culpabilidade de caráter vinculada à periculosidade do indivíduo (CARVALHO, 2008, p. 45).

Os antecedentes, por sua vez, são mais facilmente definidos. O Superior Tribunal de Justiça, com a Súmula 444, pacificou entendimento de que ações penais e inquéritos em curso não podem agravar a pena-base. Nesse sentido, os chamados maus antecedentes são somente condenações criminais definitivas que não configurem reincidência (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 520). Entretanto, na prática é comum verificar o uso de ações penais em curso como elemento configurador de maus antecedentes.

⁹ 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.)

Por fim, a conduta social e a personalidade do agente são conceitos extremamente vagos. A conduta social tende a ser vista como o comportamento do autor no cumprimento de papéis socialmente impostos – como pai/mãe, profissional, cidadão, entre outros –, o que a aproxima de um Direito Penal do Autor (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 522). Já a personalidade, que sequer tem definição clara nas ciências psicológicas, ganha significado leigo na atuação judicial. Busca-se determinar, a partir da atitude concreta do autor, traços de personalidade “instáveis”, “agressivos”, “antissociais”, etc. (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 523).

A própria existência de critérios de personalidade no artigo 44, inciso III do Código Penal pode ser criticada, uma vez que traz considerações de caráter moral para o Direito Penal e responsabiliza os indivíduos por aquilo que são, e não necessariamente por suas condutas.

Salo de Carvalho (2008) aponta nos critérios de aferição da pena base (repetidos para a aplicação das PRD) um rompimento com o princípio da secularização do direito. A secularização foi o processo através do qual, a partir do século XV, houve separação entre a moral religiosa e as ciências. No direito, isso se traduziu na passagem de um jusnaturalismo teleológico para o jusnaturalismo antropológico, pautado nas ideias de contrato social (CARVALHO, 2008, p. 8 e 9).

No âmbito do direito criminal, a secularização representou uma cisão com os ideais religiosos que associavam o delito ao pecado e levaram, por exemplo, à Inquisição. Se o jusnaturalismo teológico abria espaço para a criminalização da esfera do pensamento, punindo os indivíduos por suas convicções, o contratualismo “direciona os aparatos formais de controle social à punição da conduta do infrator que resultou em dano, exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito” (CARVALHO, 2008, p. 5). A consciência individual, portanto, deve permanecer imune à penalização criminal, pois faz parte dos direitos indisponíveis, não pactuados pelo indivíduo.

Dessa forma, quando parâmetros como personalidade, conduta social e antecedentes são valorados em prejuízo do réu, o princípio da secularização é gravemente ferido, e aproxima-se perigosamente do Direito Penal do Autor. Afinal, a punição é aumentada por características supostamente intrínsecas ao indivíduo, e não por suas atitudes.

Ainda, tendo como horizonte um Direito Penal Garantista, que maximize as prerrogativas do indivíduo em relação à intervenção estatal, deve-se asseverar que o direito não se preste a

impor ou reforçar uma moral determinada, mas tão somente a prevenir condutas que causem dano (FERRAJOLI apud. CARVALHO, 2008, p. 12).

Foi nessa esteira que surgiram conceitos importantes, como o bem jurídico. No mesmo sentido, Juarez Tavares defendeu, em parecer para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (que tratou do “estado de coisas inconstitucional” em relação às penitenciárias brasileiras), que o artigo 59 do Código Penal deve ser interpretado somente para utilizar a culpabilidade como limite da pena. Dessa maneira, todos os demais critérios não podem implicar aumento além desse limite, sendo aplicáveis tão somente quando possam ser benéficos ao acusado:

Nesse ponto, os propósitos preventivos não podem levar em conta, por exemplo, a conduta social do réu para aumentar a pena. Em primeiro lugar, este aumento extrapola os limites do injusto, impostos pelo princípio da legalidade. Em segundo lugar, viola os termos do art. 3º, IV, da Constituição, porque irá avaliar contra o réu suas condições de existência, o que representa uma nítida discriminação (TAVARES, 2015, p. 13).

Sendo assim, a introdução de critérios de personalidade na aplicação de pena deve ser vista criticamente. No caso das penas restritivas de direitos, é fácil ver como esses critérios podem abrir espaço para a mencionada divisão entre indivíduos perigosos e não perigosos, afastando a sua aplicação prática do suposto objetivo de diminuir o encarceramento.

Além dos critérios relacionados ao indivíduo, o inciso III do artigo 44 traz também os motivos e circunstâncias do crime. Sobre esses, a crítica cabível é relacionada à sua vagueza e falta de precisão. Embora sejam parâmetros ligados ao ato praticado pelo sujeito, sua indefinição pode aumentar o arbítrio do julgador.

A utilização de expressões vagas também vai de encontro a uma perspectiva garantista do direito criminal. Luigi Ferrajoli (2002) ressalta a importância da legalidade estrita (ou taxatividade) para a prescrição de condutas criminalizáveis. Ou seja, além do princípio da reserva legal – que impõe que o juiz deve seguir a previsão legal do que é um delito ou não –, é necessário que o legislador inclua nos tipos penais “referências empíricas e fáticas precisas” (FERRAJOLI, 2002, p. 30), estabelecendo limites claros para o campo de aplicação da lei penal.

Ademais, a legalidade estrita também veda a prescrição de delitos ligados não a fatos, mas diretamente a pessoas. O delito deve ser sempre uma norma de conduta que expresse a proibição de uma ação; uma norma prescritiva.

É verdade que as considerações feitas por Ferrajoli são relacionadas à incriminação de condutas (criminalização primária) e não à aplicação de penas (ligada à criminalização secundária). Não obstante, para que o Direito Penal seja um sistema coerente, é necessário que as garantias se estendam para todos os seus âmbitos. A esse respeito, diz Salo de Carvalho (2008):

Todavia, se na órbita da norma penal inexistem maiores contrariedades ao princípio [da secularização e da taxatividade], quando este é perpassado à teoria do delito e à teoria da pena, bem como ao processo penal, tudo se torna incerto e duvidoso, sendo o 'princípio' abdicado em favor do 'Príncipe'. Desde os modelos de culpabilidade de autor, na teoria do delito, até a valoração da personalidade do condenado como requisito para o gozo dos direitos instituídos pela Lei de Execuções Penais, juízos valorativos (potestativos) sobre a interioridade do réu/condenado são produzidos, criando mecanismo retórico incontrolável, e por isso inquisitivo (antigarantista), que, via de regra, opera desfavoravelmente ao sujeito (CARVALHO, 2008, p. 31).

Ferrajoli (2002) também coloca que a legalidade estrita é relevante para garantir a liberdade e a igualdade dos cidadãos. A primeira é assegurada porque, com a definição precisa das condutas incriminadas, os cidadãos sabem exatamente o que não podem fazer, e o restante, não proibido, é permitido.

No caso da pena restritiva de direitos, no entanto, o segundo direito é o mais relevante. O uso de critérios abertos pode permitir que duas pessoas em situação semelhante sejam tratadas desigualmente: uma com pena restritiva de liberdade em regime fechado, por exemplo, e a outra com pena restritiva de direitos. Isso ficará mais claro com a análise do caso concreto do tráfico de drogas.

Outrossim, o uso de conceitos vagos no direito criminal também prejudica o direito de defesa, uma vez que torna difícil contestar a decisão judicial. Aponta Ferrajoli (2002) que a legalidade estrita, no âmbito do processo penal, permite que as hipóteses acusatórias “sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas” (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

A verificabilidade de algo como verdadeiro ou falso depende da forma com que o problema é posto. Se é posto como algo empiricamente verificável (exemplo: limite de velocidade), então é possível atribuir ao elemento verdade ou falsidade. Se é posto de forma subjetiva (exemplo: periculosidade do sujeito), a verificabilidade é mais difícil. Novamente, percebe-se que as alternativas penais são ligadas a critérios de difícil aferição.

Por fim, o autor alerta também para o aumento dos espaços de arbítrio do julgador. Para ele, o poder judicial se divide em quatro dimensões: verificação jurídica, verificação fática, conotação e disposição. As três primeiras seriam inerentes à atividade judicial, enquanto a última é um elemento patológico que deve ser evitado.

A verificação jurídica diz respeito à interpretação da lei em si que, por não ser exercício completamente objetivo, é limitada pelas garantias penais. A verificação fática, por sua vez, consiste na interpretação dos fatos que serão subsumidos à norma. Obviamente, também não é uma atividade precisa, motivo pelo qual é limitada pelas garantias processuais.

Uma vez conhecidas as premissas legais e fáticas, o juiz precisa também realizar a subsunção de uma à outra. Nesse momento, é necessário valorar as circunstâncias específicas de cada contexto. É isso que Ferrajoli chama de poder de conotação. Essa prerrogativa do juiz existe precisamente porque a verificação legal e a verificação fática não são uma ciência exata, e a lei não consegue prever todas as situações empíricas possíveis para garantir a subsunção exata do fato à norma.

A aplicação de pena pode ser inserida dentro desse poder, pois trata-se justamente de dar a cada situação específica o tratamento adequado, mesmo que todas possam estar inseridas em uma mesma norma. É dizer, diversas ações podem ser classificadas como homicídio, por exemplo, mas cada homicídio é diferente do seguinte, e por isso cada homicida deve ser punido de acordo com as especificidades de seu caso.

Nesse sentido, Ferrajoli admite que é necessário certo grau de discricionariedade para que cada situação seja interpretada corretamente dentro de sua particularidade:

Este poder, da mesma forma que o poder de denotação dos fatos como delitos conforme os elementos constitutivos conotados na lei, é um poder intrínseco à função judicial, que não pode ser suprimido. Pode ser reduzido ou disciplinado mediante a definição de mais precisas e particularizadas circunstâncias legais. Mas não se pode - e, diferentemente do que para o poder de denotação, nem sequer se deve - tentar excluí-lo.

[...]

Ao conotar equitativamente um fato concreto, o juiz não corrige, integra, ultrapassa nem sequer interpreta a lei mais do que eu corrijo, integro, ultrapasso ou interpreto o significado da palavra “mesa”, definido pelo dicionário da língua italiana, quando a uso para denotar a mesa sobre a qual agora estou escrevendo e para conotar suas características específicas e não repetíveis que a tomam distinta de todas as demais mesas do mundo (FERRAJOLI, 2002, p. 129 e 130).

Trata-se, portanto, de espaço irreduzível de insegurança jurídica. No entanto, o poder de conotação, para ser legítimo, precisa estar submetido a critérios de equidade. A equidade seria a maneira de verificar as circunstâncias específicas que são impossíveis de serem abarcadas abstratamente pela lei:

[...] o juízo de legalidade corresponde à verificação (da qual se tratou nos dois parágrafos anteriores) das características essenciais e comuns que permitem afirmar que um determinado fato individual entra em determinada classe de delitos conotada pela lei; o juízo de equidade consiste, ao inverso, na compreensão das características acidentais e particulares do caso individual verificado e não conotadas pela lei (FERRAJOLI, 2002, p. 127).

Ou seja, o julgador deve utilizar esse espaço de discricionariedade para garantir o tratamento igual a casos iguais, e desigual a casos diferentes, na medida de sua desigualdade e com base em seu contexto particular. Ainda, a equidade deve ser sempre usada a favor do réu, pois é no exercício de entendimento do ocorrido que reside a maior possibilidade de compreender o acusado, e conseqüentemente atenuar a sanção (FERRAJOLI, 2002, p. 132).

Quando um ordenamento jurídico possui espaços de insegurança redutíveis, ou seja, que ultrapassam o permitido pelo poder de conotação, está-se diante do poder de disposição do juiz. Esse poder se exerce não com referência à lei ou à verdade, mas sim a critérios éticos e políticos. Nesse sentido, o poder de disposição aumenta à medida em que não é restringido pelo sistema legal:

Inversamente, o poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão.

[...]

Este poder cresce – a expensas do poder de verificação jurídica e fática dos elementos denotados legalmente e do poder de valoração das circunstâncias conotadas equitativamente – quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição “absoluto”, quando a insegurança é total (FERRAJOLI, 2002, p. 134).

No que diz respeito às penas restritivas de direito, então, verifica-se que a abertura semântica pode permitir, na prática, um aumento do poder de disposição do julgador. Os requisitos impostos para permitir a aplicação de PRD não são somente vagos, no sentido de

permitirem diversas interpretações, como também valorativos, ou seja, exigem um juízo de valor. Cabe ao julgador verificar, por exemplo, se os antecedentes ou a personalidade do réu são bons ou ruins.

Diante de todo o exposto, é possível verificar que os critérios estabelecidos no artigo 44, inciso III, do Código Penal para a aplicação das penas restritivas de direitos: (i) tratam-se, em sua maioria, de hipóteses ligadas à personalidade do autor do delito, afastando-se de um Direito Penal Garantista e se aproximando de um Direito Penal do Autor; (ii) são conceitos de baixa precisão conceitual e alto caráter valorativo, o que pode contribuir para aumento do poder dispositivo do julgador; e (iii) como consequência, abrem espaço para considerações morais na aplicação das PRD.

Em resumo, as penas restritivas de direitos, embora representem importante avanço em direção a uma lógica punitiva menos atrelada ao cárcere, encontram entraves em sua aplicação, justamente por estarem condicionadas a requisitos extremamente amplos como são os do artigo 59 do CP. Nesse sentido, diz Ana Elisa Liberatore Silva Bechara:

De fato, a abertura valorativa do art. 59 do Código Penal brasileiro o torna um tipo penal perigoso, porque permite o arbítrio judicial. O maior problema do julgador não está, assim, na identificação concreta das circunstâncias judiciais nos autos, mas na própria necessidade de atribuição de conteúdo ou significado a essas circunstâncias, como passo prévio ao processo valorativo (BECHARA, 2018, p. 17).

Esse cenário se agrava quando se coloca na equação o tráfico de drogas, tema que, desde sua origem, implica em análises morais e, por vezes, moralistas.

4. LEI DE DROGAS: HISTÓRICO E PROBLEMAS

4.1. Recapitulação histórica da persecução penal ao comércio de entorpecentes no Brasil

Além das questões relacionadas às penas alternativas, é necessário compreender a Lei de Drogas e seus institutos antes de passar ao estudo empírico. Em primeiro lugar, será feita uma recapitulação histórica da persecução penal à venda de drogas no Brasil. Em seguida, será analisado o instituto do tráfico privilegiado da Lei 11.343/06 e, por fim, a alta punitividade dessa legislação.

A proibição do uso de entorpecentes no Brasil remonta às Ordenações Filipinas. Posteriormente, o Código Penal do Império de 1830 não fazia menção à proibição do consumo ou comércio de entorpecentes (CARVALHO, 2016, p. 54).

Entretanto, a criminalização foi retomada com o Código Penal de 1890, já em contexto republicano, embora a conduta ainda fosse punida somente com multa. Desde então, foram nove alterações legislativas a respeito do tema, todas no sentido de aumentar a criminalização – seja horizontalmente, com ampliação das condutas puníveis, ou com o recrudesimento das penas (BOITEUX, 2013, p. 4).

No início do século XX, a preocupação com o aumento do consumo de ópio e haxixe levou à criação de novos dispositivos legais de tráfico de drogas, de modo que, com a Consolidação das Leis Penais de 1932, houve importante expansão das condutas contra a saúde pública. Houve aumento na quantidade de verbos no tipo penal, substituiu-se “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes” e somou-se à pena de multa a privação de liberdade (CARVALHO, 2016, p. 55).

Ao longo da década de 1930, outros decretos se somaram à legislação já existente, delineando, de fato, um novo modelo de gestão repressiva às drogas. Dentre estes, destaca-se o Decreto-Lei 891/1938, que internalizou as disposições internacionais da Convenção de Genebra de 1936, regulamentando questões relativas a produção, tráfico e consumo, bem como enumerando diversas substâncias no rol dos entorpecentes (CARVALHO, 2016, p. 55). Assim, cria-se a tônica para uma “política proibicionista sistematizada” (CARVALHO, 2016, p. 56) que se inicia na década de 1940.

Na década de 1960, o debate internacional sobre o consumo de drogas ganha ainda mais espaço. Salo de Carvalho (2016) credits isso ao fato de que os entorpecentes, em especial a maconha e o LSD, se vincularam aos movimentos de contestação e contracultura, passando a representar ameaça ao *status quo*, principalmente dos países dominantes.

Diante disso, a transnacionalização do controle sobre entorpecentes se aprofundou, culminando na Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, que por sua vez entrou na legislação pátria com o Decreto 54.216/64, já durante a ditadura militar. Ainda, o Decreto-Lei 159/67 igualou aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica, expandindo ainda mais o controle penal (CARVALHO, 2016, p. 61).

Durante esse período, cria-se no ambiente internacional um modelo chamado por Carvalho (2016) de “ideologia de diferenciação”, que segrega o consumidor e o traficante, dando-lhes tratamento drasticamente distinto:

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência (CARVALHO, 2016, p. 60).

Não obstante, em 1968, foi aprovado no Brasil o Decreto-Lei 385, que fugia a essa orientação. Isso porque, ao alterar o Código Penal, passou a criminalizar o usuário com a mesma pena do traficante, ao tipificar também quem “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (BRASIL, 1968). A redação anterior, ao mencionar somente o comerciante de drogas, permitia uma descriminalização judicial¹⁰ do uso de drogas que ia de encontro ao modelo repressivo que se apresentava em cenário nacional¹¹ e internacional (CARVALHO, 2016, p. 62). Logo, a modificação empreendida pelo Decreto-Lei buscou “corrigir” o que era considerado como um espaço de impunidade.

Três anos depois, a Lei 5.726/71 busca adaptar a legislação brasileira ao modelo apoiado internacionalmente, novamente despenalizando o porte para consumo. Porém, o fez de forma insuficiente, com a mera supressão da expressão “para uso próprio”. Na prática, era difícil diferenciar quem era traficante e quem era usuário, o que resultava na penalização de ambos com 1 a 6 anos de prisão (CARVALHO, 2016, p. 63).

Neste ponto, chega-se à Lei 6.368/76, também chamada “antiga Lei de Drogas”, embora a “nova” lei já tenha 15 anos desde sua promulgação. Nesta lei, as figuras típicas não se diferenciavam muito das já existentes na legislação, de modo que a principal diferença entre ela

¹⁰ A interpretação do Supremo Tribunal Federal à época era no sentido de que a norma penal não abrangia consumidores.

¹¹ No contexto brasileiro, não se pode esquecer que o país passava pela ditadura militar e a repressão a condutas em desconformidade com a “moral” e os “bons costumes” pautava a política criminal.

e o ordenamento jurídico previamente existente foi o grande aumento das penas – a mínima foi de 1 para 3 anos, e a máxima, de 6 para 15 anos (CARVALHO, 2016, p. 65).

Carvalho (2016) considera que neste momento se cria um modelo de controle baseado na punição e no discurso jurídico-político. Ou seja, mesmo que ainda se mantivesse o ideal médico/sanitário no que diz respeito ao usuário, nota-se uma preponderância da repressão judicial sobre a prevenção, bem como aumento da punitividade (CARVALHO, 2016, p. 68).

Ainda segundo ele, o Brasil e os demais países da América Latina internalizaram o discurso dos países dominantes, em especial os Estados Unidos, que buscava culpar os países produtores ou de passagem das drogas pelo aumento de consumo local. Nesse sentido, um discurso que foi elaborado para a construção de um inimigo externo, quando importado para a América Latina, acaba criando um inimigo interno na figura do traficante (CARVALHO, 2016, p. 67 e 68).

Em decorrência da amplitude de seu artigo 12 (tráfico) e da ausência de previsão de diminuição de pena para condutas de menor potencial ofensivo à saúde pública, qualquer tipo de comércio de entorpecentes acabava por ser enquadrado no mesmo tipo penal, cujas penas, como mencionado, eram fixadas entre 3 e 15 anos.

Nesse sentido, a diferenciação entre o “pequeno” e o “grande” traficante, ou entre a venda de drogas no atacado ou no varejo, em termos de penalização, era estabelecida primordialmente na primeira fase de dosimetria da pena, quando o juiz fixa a pena-base com fundamento nas circunstâncias judiciais (CARVALHO, 2016, p. 78). Na prática, o arbítrio do magistrado era que definia a quantidade de pena, o que gerou um aumento de criminalização das populações mais vulneráveis.

Ademais, a lei mantinha a “ideologia de diferenciação” ao separar em delitos distintos o tráfico de drogas e o porte para uso, embora este último ainda fosse punido com pena privativa de liberdade (detenção de seis meses a dois anos). Na prática, isso significava a criminalização do uso em si, pois embora este não fosse explicitamente punido, todas as condutas que a ele se relacionam, como “adquirir, guardar e trazer consigo” eram punidas com prisão. Assim, o direito penal punia o tráfico com rigor mesmo em situações de pouco dano (CARVALHO, 2016, p. 80).

4.2. A Lei 11.343/2006 e o tráfico privilegiado

Diante dos problemas já apresentados em relação à Lei 6.368/76, iniciou-se um debate para sua reforma no Congresso Nacional. Enquanto parte da crítica se voltava ao antiproibicionismo, propondo a descriminalização e despenalização de condutas, outra parte defendia ser necessário ampliar a punitividade (CARVALHO, 2016, p. 103). A combinação entre esses dois movimentos opostos acabou por criar uma “nova” lei ainda mais calcada na distinção entre tráfico e porte para uso¹².

Enquanto a repressão ao comércio de entorpecentes se agravou, com o aumento da pena mínima de 3 para 5 anos de reclusão e restrição das hipóteses de substituição penal, o porte de drogas para uso foi despenalizado. Isso porque a pena restritiva de liberdade, neste último caso, foi substituída pela aplicação de medidas alternativas, quais sejam: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo (artigo 28 da Lei 11.343/2006). A esse respeito, diz Carvalho:

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas (CARVALHO, 2016, p. 118).

Neste ponto, é possível criar um paralelo com as penas alternativas em geral. Assim como no caso das alternativas penais, também a Lei de Drogas faz uma forte distinção entre o criminoso “perigoso” e o “não perigoso”. No entanto, desta vez a distinção é realizada com base na ação empreendida pelo indivíduo: se traficou, então é pessoa perigosa; se é apenas usuário, então não representa perigo. Nesse sentido, características subjetivas dos indivíduos, como a periculosidade, são automaticamente deduzidas a partir de sua conduta, o que contribui para a construção da imagem do traficante como um inimigo interno a ser combatido.

Não obstante, importante destacar que, apesar dos tratamentos completamente diferentes que a Lei 11.343/2006 dá ao porte e ao tráfico de drogas, não há parâmetros objetivos para a

¹² Importante destacar que antes da Lei 11.343/06, foi aprovada ainda a Lei 10.409/02. No entanto, seu capítulo relativo aos delitos e às penas foi vetado pela presidência, de modo que esta lei trazia somente alterações processuais, que se combinavam aos crimes e às penas da lei de 1976.

diferenciação das duas condutas. O parágrafo 2º do artigo 28 (porte para consumo pessoal) estabelece que “Para determinar se a droga destinava-se 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” (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, verifica-se mais uma vez que a legislação abre margem para a discricionariedade do juiz na aplicação de penas, ao se utilizar de conceitos pouco precisos. Na prática, isso acaba por gerar, muitas vezes, a criminalização de usuários de droga, que são incurso no artigo 33 (tráfico) (SEMER, 2019, p. 238 e 239). Assim, as críticas de Luigi Ferrajoli sobre a ausência de taxatividade na incriminação de condutas se aplicam perfeitamente ao caso da Lei de Drogas, especialmente quando se verifica o artigo 28, §2º.

Nesse contexto, a previsão do artigo 33, parágrafo 4º – objeto deste trabalho – se impõe como uma alternativa punitiva entre os dois extremos, uma vez que busca diminuir as penas para casos de pequeno tráfico. Embora seja usualmente chamado de tráfico privilegiado, na verdade o parágrafo 4º estabelece uma causa de diminuição de pena de um sexto a dois terços em casos específicos.

Dessa forma, a Lei de Drogas de 2006 tenta mitigar a dificuldade de enquadramento do “pequeno traficante”, ou traficante eventual, que existia na lei anterior. Ainda, abre-se espaço para uma diminuição importante de pena, uma vez que, por ser aplicável na terceira fase da dosimetria, o referido parágrafo pode fazer com que a pena final fique abaixo do mínimo legal. Com a diminuição máxima, uma pena mínima que era de cinco anos passa para um ano e oito meses.

São quatro os requisitos para a aplicação do instituto: agente primário, de bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa. Destes, pelo menos três são de difícil definição.

A primariedade, embora não tenha conceito explícito no Código Penal, é entendida de maneira residual em relação à reincidência (MASSON, 2019, p. 70). Ou seja, primário é todo aquele que não é reincidente na concepção jurídica do termo. De acordo com Cleber Masson:

Não se exige jamais tenha praticado um crime: basta que não tenha cometido um crime depois do trânsito em julgado de uma condenação anterior. Em sede jurisprudencial, contudo, criou-se a figura do **tecnicamente primário**, que seria a pessoa que possui condenação definitiva, sem ser reincidente. A primariedade estaria limitada aos casos em que o agente não

ostenta nenhuma condenação. Em nosso sistema penal, o tecnicamente primário poderia ser visualizado em duas hipóteses: (a) o sujeito possui uma ou diversas condenações definitivas, mas não praticou nenhum dos crimes depois da primeira sentença condenatória transitada em julgado; e (b) o indivíduo ostenta uma condenação definitiva, e depois dela praticou um novo crime. Entretanto, entre a extinção da punibilidade do crime anterior e o novo delito decorreu período superior a 5 (cinco) anos (CP, art. 64, I). (MASSON, 2019, p. 70. Grifou-se).

Assim, embora haja discussões possíveis em relação ao conceito de primariedade, trata-se de requisito que pode ser aferido objetivamente. O mesmo não ocorre em relação aos “bons antecedentes”, que prescindem de qualquer definição, conotativa ou denotativa, em nosso ordenamento jurídico.

Conforme já explicado, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu na Súmula 444 que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes, de modo que, a princípio, só se pode falar em maus antecedentes quando o réu conta com condenação transitada em julgado (MASSON, 2019, p. 70).

Nesse sentido, a definição de “bons antecedentes” se confunde com a própria primariedade do acusado. Por esse motivo, uma única condenação definitiva não pode ser usada para configurar a reincidência (agravante genérica de pena) e circunstância judicial desfavorável ao mesmo tempo, sob pena de *bis in idem* (MASSON, 2019, p. 70). Não obstante, na prática, os magistrados tendem a utilizar condenações não transitadas em julgado para afastar o “privilegio” no tráfico.

Igualmente difícil é compreender o que se entende por “não dedicação a atividades criminosas”. Enquanto parte da doutrina entende que o réu não deve responder a outros inquéritos ou ações penais, outra parte entende que essa previsão não tem razão de ser. Isso porque só seria possível deduzir que o acusado se dedica a atividades criminosas se este for reincidente. Mais uma vez, este requisito se confunde com os demais.

De qualquer modo, a jurisprudência tem se posicionado favoravelmente à primeira interpretação, que inclui a existência de inquéritos e processos anteriores como fator que aponta para a dedicação criminosa (MASSON, 2019, p. 71). Esse posicionamento contraria o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º LVII), uma vez que prejudica os acusados por simples acusações, independentemente de confirmação em juízo.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também tem considerado que “a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é circunstância hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas” (MASSON, 2019, p. 71).

Por fim, tem-se que o acusado não pode integrar organização criminosa. Nesse ponto, importante destacar que o conceito de organização criminosa deve ser compreendido a partir da Lei 12.850/2013, artigo 1, parágrafo 1º:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Entretanto, não se exige condenação transitada em julgado pelos crimes da Lei 12.850/13 para a configuração desse requisito negativo, sendo válido qualquer meio de prova (MASSON, 2019, p. 72). Novamente, aponta-se para uma perigosa desconsideração da presunção de inocência, ao imputar indiretamente um crime pelo qual o réu não foi condenado.

Ainda, especialmente se tratando de tráfico de pequena quantidade de entorpecentes, cria-se uma dificuldade para a classificação das chamadas “mulas”. Embora não tenham posição de proeminência em organizações de tráfico, as “mulas” são pessoas designadas para transportar as drogas e, portanto, fazem parte da estrutura criminosa. Dessa maneira, levantam-se dúvidas sobre se o parágrafo 4º do artigo 33 pode ser aplicado a essas pessoas.

A posição do Supremo Tribunal Federal (STF) é de que a diminuição de pena é aplicável, uma vez que a “mula” pode ser utilizada de maneira acidental e, portanto, a função de transporte de drogas, por si só, não representa adesão estável e permanente à organização (MASSON, 2019, p. 71). Uma parte da doutrina, no entanto, ainda defende que o tráfico privilegiado é inaplicável, sendo a “mula” presumivelmente parte da organização, salvo prova em contrário.

Diante do exposto, fica claro que, apesar de o instituto do tráfico privilegiado ser uma inovação positiva da Lei 11.343/06, diminuindo os níveis de punitividade para tráfico de pequena monta, sua aplicação acaba por encontrar dificuldades, principalmente por conta dos amplos requisitos para sua aplicação. Ainda, não há critérios claramente definidos para saber o nível da aplicação, se em seu patamar máximo (dois terços) ou mínimo (um sexto).

Em “Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento”, Marcelo Semer (2019) verificou que o redutor do parágrafo 4º é aplicado em 44,29% dos casos, sendo que em apenas 20,30% destes casos a redução é aplicada ao máximo. Quanto aos motivos de sua não aplicação, destaca:

A exigência de que o agente não se dedique às atividades criminosas abriu outra brecha contra sua utilização, tratando-se de uma categoria diversa daquelas que o sistema penal estava acostumado a lidar (reincidência/maus antecedentes). O tipo aberto, como seria de se esperar, permitiu interpretações que o esvaziaram por completo, em especial quando reconhecido que a participação no tráfico de entorpecentes, em si mesmo, já significa uma dedicação a atividades criminosas (SEMER, 2019, p. 252).

Novamente, percebe-se que as considerações de Luigi Ferrajoli e Salo de Carvalho são precisas: a submissão da lei penal a critérios vagos e valorativos criam um espaço perigoso de arbítrio do julgador. E, quando somado a considerações morais relativas ao tráfico de drogas, cria-se um cenário de alta punitividade.

Cabe destacar a análise de Semer (2019) sobre o impacto do “pânico moral” no sentenciamento de casos de tráfico de entorpecentes. Em resumo, o conceito de pânico moral trata de como uma situação pode ser “apresentada de maneira estilizada e estereotipada” para passar a ser vista como uma ameaça aos valores sociais (COHEN, 2011, apud. SEMER, 2019, p. 65). Suas características principais são o exagero e distorção da situação concreta, previsões de que as situações se repetirão e tomarão proporção maior, e a produção de símbolos desfavoráveis em torno da situação vivenciada.

Semer conclui, após a análise de oitocentas sentenças de tráfico, que o pânico moral é um conceito analítico relevante para compreender a leitura da traficância realizada nos tribunais brasileiros (SEMER, 2019, p. 305). Tal conceito não é objeto deste trabalho, mas é importante para demonstrar como o tráfico de drogas se torna um campo fértil para a entrada de critérios morais no Direito Penal, rompendo com o princípio da secularização, conforme descrito por Salo de Carvalho.

Ainda, Louise Vilela Leite Filgueiras Borer, em “Dosimetria e Discricionariedade: a fixação da pena no tráfico privilegiado” (2021), verifica que a dosimetria da pena em casos de tráfico privilegiado é feita de maneira amplamente discricionária, e que tal liberdade do juiz foi inclusive proclamada diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal. Está presente, portanto, o

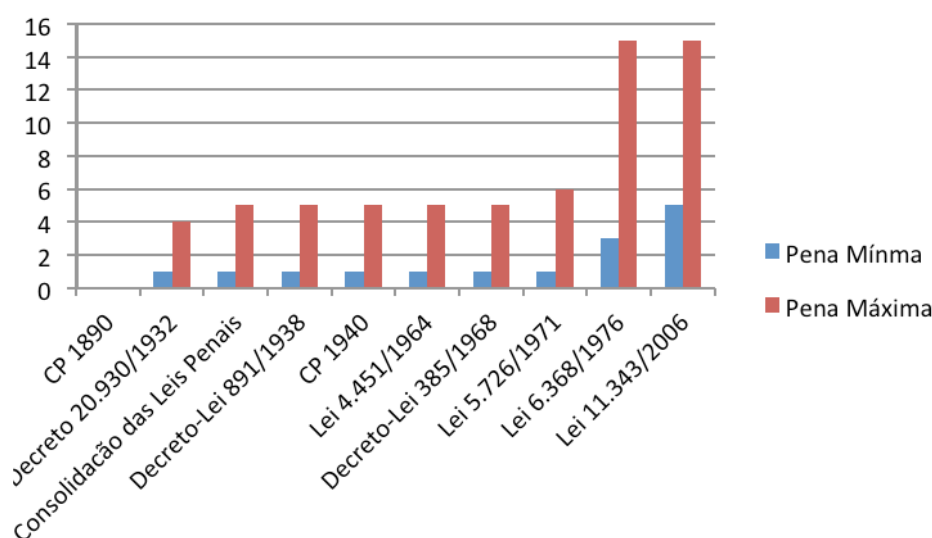
poder de disposição previsto por Ferrajoli, justificado por trás de termos como “motivação suficiente” e “livre convencimento motivado”.

4.3. A desproporcionalidade punitiva da Lei de Drogas

Conforme mencionado, a Lei 11.343/2006, entre outras alterações, aumentou a pena mínima do tráfico de entorpecentes de três para cinco anos. Esse aumento teve como consequência a diminuição das possibilidades de acordos processuais e substituição de pena, uma vez que muitos institutos têm por referência a pena mínima cominada aos delitos.

Essa tendência se confirma também pelo artigo 44 da lei, que veda a fiança, a suspensão condicional da pena, a graça, o indulto, a anistia e a liberdade provisória para os crimes de tráfico de drogas propriamente dito (art. 33, *caput* e §1º; art. 34 e art. 37).

Assim, verifica-se que a Lei de Drogas de 2006, não obstante dê tratamento mais benéfico ao usuário, é o cume de uma sequência de alterações legislativas que aumentou cada vez mais a punição para o tráfico de entorpecentes, conforme se verifica abaixo:



Fonte: BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. **A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: Os Custos Humanos e Econômicos da Atual Política no Brasil**. São Paulo, jun. 2013.

Luciana Boiteux (2013) aponta para a desproporcionalidade da repressão ao tráfico em relação a outros delitos, inclusive daqueles que envolvem violência e grave ameaça. Em uma comparação deste crime com os delitos de estupro, homicídio e corrupção passiva, Boiteux demonstra um incremento punitivo no tráfico ao longo do tempo que não ocorreu com os demais crimes.

Tomando-se como base o homicídio, nota-se que não houve grandes alterações em sua pena ao longo do tempo, ao contrário do que se verifica com o comércio de entorpecentes. Inclusive, a pena média do homicídio diminuiu no Código Penal de 1940 (atual), enquanto a do tráfico teve aumento importante em sua série histórica (BOITEUX, 2013, p. 6). Na comparação com o estupro, verifica-se que sua pena máxima, de dez anos, é muito menor do que a do tráfico, ao passo que a pena mínima é apenas um ano maior (seis anos) (BOITEUX, 2013, p. 7).

Esses exemplos deixam claro que o tratamento do tráfico de entorpecentes é extremamente rigoroso, deixando inclusive de fazer sentido do ponto de vista sistêmico, uma vez que este crime é punido mais severamente do que outros que representam riscos sociais mais concretos e têm vítimas diretas. Semer (2019) já apontou para a influência do pânico moral na criminalização secundária do tráfico, e verifica-se que o conceito pode ser visto também na criminalização primária das condutas.

Tal cenário se agrava com a preferência dada pelo ordenamento jurídico às penas privativas de liberdade. Conforme mencionado acima, o artigo 44 da Lei de Drogas impede a aplicação de uma série de institutos despenalizadores.

Isso vem como resposta a dúvidas trazidas pela lei de 1976, uma vez que, embora as penas cominadas permitissem a aplicação da pena restritiva de direitos, por exemplo, o fato de ser crime equiparado ao hediondo (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal) fazia com que boa parte da jurisprudência entendesse o instituto como inaplicável (CARVALHO, 2016, p. 366 e 367). Assim, o artigo 44 nada mais faz do que repetir as vedações constitucionais relativas aos crimes hediondos, acrescentando a elas o indulto, a suspensão de pena e a pena restritiva de direitos.

Como a “nova” Lei de Drogas aumentou a pena mínima do tipo penal do artigo 33, a princípio a pena restritiva de direitos nem sequer seria aplicável de qualquer modo. Entretanto, considerando a possibilidade de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, a proibição do artigo 44 acabava por condenar à prisão agentes primários com condutas de baixíssimo risco social. Soma-se a isso o fato de que o próprio artigo 33, §4º, em sua redação original, continha vedação à aplicação de pena restritiva de direitos.

Diante desse contexto, em 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos¹³, tanto no artigo 44 como no 33, §4º da Lei 11.343/06. Entendeu-se que a redação dos

¹³ *Habeas Corpus* nº 97.256/RS.

artigos violava o princípio da individualização da pena, esculpido no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal. Ainda, a gravidade em abstrato do crime não poderia ser critério para a vedação da substituição, sob pena de ferir o princípio do *non bis in idem* (SANFELICE, 2018, p. 69). Assim, a aplicação da PRD dependeria da discricionariedade do magistrado na análise do caso concreto, não podendo ser impedida *a priori*.

O próprio Senado Federal confirmou essa posição posteriormente, com a edição da Resolução 05/2012, que suspendeu a eficácia da parte do artigo 33, parágrafo 4º, que continha a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” (SANFELICE, 2018, p. 70). Por fim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no Agravo em Recurso Extraordinário 663.261/SP, confirmando o posicionamento inicial (CARVALHO, 2016, p. 370).

Nesse mesmo sentido, destaca-se ainda o *habeas corpus* 111.840/ES, cujo julgamento pelo STF afastou a equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo, e a Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que incluiu o parágrafo 5º no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, estabelecendo que “Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006” (BRASIL, 1984).

Dessa maneira, mesmo diante de uma legislação bastante punitivista, o tráfico privilegiado, principalmente à luz das alterações legislativas e jurisprudenciais, se coloca, ao menos em teoria, como um *locus* para o abrandamento das penas dentro da Lei 11.343/06, tanto em extensão quanto em gravidade. A presença desta causa de diminuição de pena permite que o tráfico de pequenas quantidades de drogas seja punido de maneira menos severa e, sendo assim, cria uma alternativa à resposta prisional, o que pode contribuir para a diminuição do encarceramento por tráfico.

Entretanto, conforme já mencionado, tanto a aplicação do artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, quanto a do artigo 44 do Código Penal (pena restritiva de direitos) são submetidas a certo nível de discricionariedade, principalmente pelo uso de expressões abrangentes e sem definição legal específica.

Desse modo, não basta que a lei traga uma possibilidade de diminuição do encarceramento; é necessário ver sua aplicação prática, quando da criminalização secundária, como pretende este estudo.

Marcelo Semer (2019) já indica a baixa aplicação da substituição de pena em sentenças de tráfico. A nível nacional, a pesquisa verifica aplicação em apenas 15,98% dos casos, sendo que em São Paulo esta porcentagem cai para 5,64% (SEMER, 2019, p. 267 e 268). Assim, já há indícios iniciais de que, apesar da abertura legislativa para tanto, as PRD são pouco aplicadas pelos magistrados.

Em 2020, conforme antecipado na introdução, houve ainda novas orientações que reforçaram a importância das medidas despenalizadoras e poderiam resultar em um aumento de sua aplicação. A primeira delas é a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, que trouxe orientações para o enfrentamento do novo coronavírus (SARS-Cov-2) nos estabelecimentos penitenciários.

Embora não mencione especificamente a aplicação de penas restritivas de direitos, a recomendação trata da aplicação de diversas medidas com vistas à diminuição do encarceramento, como a reavaliação de prisões provisórias e excepcionalidade de novas ordens de prisão (art. 4º), a antecipação de progressão de regime e a concessão de prisão domiciliar (art. 5º). Nesse sentido, a Recomendação 62/2020 marca uma posição no sentido de que a diminuição do encarceramento deve ser uma das medidas tomadas para o enfrentamento ao coronavírus, sendo a aplicação das penas restritivas de direitos uma das formas de fazê-lo.

Em segundo lugar, há o julgamento do *habeas corpus* coletivo 596.603/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. Impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo contra decisão em apelação que manteve em regime fechado um réu condenado a um ano e oito meses de reclusão por tráfico privilegiado, o *habeas corpus* foi posteriormente aditado para ganhar caráter coletivo.

Foi concedido para estabelecer a aplicação de regime diverso do fechado aos condenados por tráfico privilegiado, desde que a pena cominada seja inferior a quatro anos e sejam favoráveis as circunstâncias judiciais. Sobre as penas restritivas de direitos, o HC estabelece:

11. A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a proporcionalidade da pena. Se o Código Penal determina que, fixada a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial de pena há de ser o aberto quando as circunstâncias forem todas favoráveis ao agente (art. 33, § 2º c/c 59, do CPB), **permitindo também substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CPB), não há razão para impor-se a condenados pela modalidade mais tênue do crime de tráfico de entorpecentes o mesmo regime de pena que, ex vi lege, se costuma impingir somente a quem é**

condenado por outros crimes, ou mesmo por tráfico, a mais de 8 anos de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis.

[...]

18. Em suma, diante da mesma situação factual – tráfico de pequena monta, agente primário, sem antecedentes penais, sem prova de vínculo com organização criminosa e de exercício de atividade criminosa (que não seja, é claro, a específica mercancia ilícita eventual que lhe rendeu a condenação) –, há de reconhecer-se que:

[...]

18.3.2. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33. § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a pena inferior a 4 anos de reclusão, faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em semiaberto, desde que por motivação idônea, não decorrente da mera natureza do crime, de sua gravidade abstrata ou da opinião pessoal do julgador;

18.3.3. O condenado por crime de tráfico privilegiado, nas condições e nas ressalvas da alínea anterior, **faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (BRASIL, 2020).

Cabe destacar, ainda, que o referido *habeas corpus* foi impetrado tendo como objeto específico as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, que impunha o regime fechado a muitos casos de tráfico de pequena monta, sendo esse resultado revertido pelo STJ em 77,8% dos casos.

Tanto a Recomendação 62/2020 do CNJ quanto o HC 596.603/SP são marcos recentes na busca pela ampliação da aplicação de medidas desencarceradoras, sendo o segundo específico ao caso de tráfico de drogas. Por esse motivo, serão utilizados para nortear a análise deste trabalho, que tem como um de seus objetivos observar o impacto dessas orientações.

Diante de todo o exposto, nota-se a importância da previsão do tráfico privilegiado como uma possibilidade de abrandamento das penas em casos de tráfico, bem como as dificuldades em sua aplicação concreta. Passa-se, portanto, ao estudo dos acórdãos.

5. PESQUISA EMPÍRICA: A APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS A CASOS DE TRÁFICO PRIVILEGIADO NO TJSP

5.1. Seleção da amostra

Como antecipado na metodologia, este trabalho tem por foco a análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Por razões de escopo e tempo, foram selecionados 60 acórdãos no campo de busca de jurisprudência do site do órgão, sendo divididos em três períodos diferentes: o primeiro, de 1º de janeiro até 16 de março de 2020; o segundo, de 17 de março a 07 de setembro de 2020; e o terceiro, de 08 de setembro a 31 de dezembro de 2020.

Esses marcos temporais não foram escolhidos ao acaso. Um dos objetivos da pesquisa é verificar se as decisões foram alteradas ou não ao longo de 2020, e se as especificidades relativas ao Covid-19 e às decisões jurisprudenciais mencionadas no capítulo anterior possibilitaram maior aplicação do instituto das penas restritivas de direitos.

Dessa forma, o primeiro período analisado corresponde ao início do ano, quando ainda não havia reflexos da pandemia no país. O dia 17 de março foi escolhido como divisor entre os períodos 1 e 2 por ser a data de publicação da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça, demonstrando o início das preocupações nacionais a respeito do novo coronavírus nas penitenciárias. O segundo período, portanto, busca verificar se houve impacto da mencionada recomendação nos acórdãos selecionados. Por fim, o terceiro período é iniciado com a data de julgamento do HC 596.603/SP, e busca verificar se houve aplicação dessa importante decisão no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foram selecionados 20 acórdãos de cada período.

A busca foi feita com as palavras “privilegiado” e “restritiva de direitos” no banco de jurisprudência do site do tribunal. Ainda, foram utilizados alguns filtros para especificar a pesquisa: o assunto foi limitado a “tráfico de drogas e condutas afins”, a classe processual foi restrita a “apelação” e o período foi restrito a cada um dos três momentos já expostos. A escolha de verificar apenas apelações foi feita para garantir que houvesse discussão do mérito e da dosimetria da pena nas decisões coletadas, evitando-se, por exemplo, discussões sobre prisão cautelar, bastante comuns em *habeas corpus*.

Mesmo com todas as especificações mencionadas, o universo de acórdãos encontrados foi enorme: 977 decisões para o primeiro período, 2943 para o segundo e 1729 para o terceiro. Dessa maneira, embora seja realizada uma breve análise quantitativa da amostra, não se pretende efetivar um estudo estatístico e generalizável, uma vez que a quantidade de decisões selecionada é pequena e, portanto, inadequada a esse objetivo. O que interessa aos propósitos deste trabalho é a análise qualitativa das decisões.

Apesar disso, foram tomadas as precauções necessárias para que a amostra fosse representativa e não fosse enviesada. Na busca em cada um dos períodos, foi sorteado aleatoriamente um acórdão de cada Câmara Criminal, para que não houvesse risco de coletar decisões de poucas Câmaras e representar falsamente a realidade. Sendo 16 as Câmaras Criminais do TJSP e 20 os acórdãos selecionados em cada período temporal, restaram 4 acórdãos em cada momento cujas Câmaras se repetiram. No entanto, mesmo nesses, buscou-se

fazer um sorteio aleatório e excluir Câmaras que já estivessem repetidas. O resultado foi uma amostra com 4 acórdãos de cada Câmara, com exceção da 4ª, 5ª, 7ª e 8ª, representadas por três acórdãos cada.

5.2. A amostra analisada

Antes de partir para a análise específica da aplicação de pena restritiva de direitos a casos de tráfico privilegiado, cumpre fazer uma breve exposição quantitativa da amostra analisada, uma vez que esta pode indicar algumas tendências interessantes.

Dos 60 acórdãos escolhidos, 43 eram de recursos do(s) réu(s), 14 eram de recursos de ambas as partes – tanto réus quanto Ministério Público – e somente três eram de recurso exclusivo do Ministério Público. Trata-se de um indicativo importante, pois pode representar alta taxa de condenação em Primeira Instância, uma vez que há clara preponderância de insurgência da defesa contra as decisões. Não houve diferença significativa neste quesito entre os períodos analisados, havendo clara preponderância de apelações defensivas nos três momentos.

Também se verifica uma baixa taxa de provimento dos recursos da defesa. Das três apelações interpostas pelo Ministério Público, uma foi provida, uma foi parcialmente provida e uma foi desprovida. Já entre os recursos interpostos pelas duas partes, cinco foram providas para a defesa, cinco foram providas para o Ministério Público e uma foi desprovida. Até aqui, verifica-se certa igualdade nos resultados para defesa e acusação. No entanto, quando se analisa as apelações interpostas pela defesa, somente três foram providas (de um total de 43), sendo 25 parcialmente providas e 15 desprovidas.

Isso pode demonstrar uma tendência punitiva do Tribunal, mas o dado deve ser visto com cautela. Isso porque muitos dos recursos defensivos buscam principalmente a absolvição e apenas subsidiariamente a redução e alteração das penas – o que explica tantos provimentos parciais. Como este trabalho se atém justamente à aplicação de pena, os pedidos de absolvição totalmente providos sequer estão na amostra selecionada, uma vez que não há discussão de dosimetria e substituição de pena. Em suma, é esperado um baixo provimento dos recursos defensivos pelos próprios moldes em que a pesquisa foi feita.

Por fim, cabe examinar a aplicação do tráfico privilegiado na amostra selecionada. Embora não seja esse o foco do trabalho, a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas é a primeira barreira para a aplicação de PRD a casos de tráfico de entorpecentes. Isso

porque, conforme já mencionado, a própria pena mínima cominada ao delito é maior do que a permitida para a aplicação da substituição penal. Além disso, a caracterização do tráfico “regular” (artigo 33, *caput*) como hediondo acaba dificultando a aplicação das PRD.

Na amostra escolhida, o artigo 33, §4º, foi aplicado em 36 casos, o que representa 60% dos acórdãos. A porcentagem é similar nos três períodos verificados, variando entre 55% e 65%. Esse é um dado relativamente positivo, se comparado, por exemplo, com os 44,29% encontrados por Marcelo Semer a nível nacional em Primeira Instância.

Não obstante, não se pode olvidar que a pesquisa aqui realizada, justamente por utilizar termos específicos como “privilegiado” e “restritiva de direitos”, trata de casos em que a aplicação da minorante era ao menos cogitável. Ou seja, as condições para aplicação do parágrafo 4º existiam, pelo menos em tese. Nesse sentido, deveria haver justificativa idônea e específica para todos os 24 casos em que não se aplicou a redução de pena.

Uma análise mais detida das justificativas para afastar o parágrafo 4º foge ao escopo deste trabalho, mas cumpre ressaltar que os trabalhos de Semer (2019) e Borer (2021) apontam para a baixa aplicação do instituto legal, com base em considerações morais e fundamentações genéricas:

[...] é comum dosar-se a diminuição no mínimo, ou até mesmo não aplicá-la quando devida, com motivação lacônica, de modo a atender-se ao critério de defesa social consistente na necessidade pressuposta, apriorística, subjetiva, de se infligir penas graves ao tráfico de drogas, em quaisquer circunstâncias (BORER, 2021).

5.3. A aplicação da pena restritiva de direitos

Uma vez apresentado o panorama geral da amostra, é possível partir para a análise específica dos motivos pelos quais as penas restritivas de direitos foram ou não aplicadas. Dos 36 casos de aplicação do parágrafo 4º, as penas restritivas de direitos foram aplicadas em cerca de 64% das vezes (23 casos), sendo cerca de 38% dos casos totais. Restam, portanto, 13 acórdãos em que a substituição não ocorreu. Não há diferenças relevantes entre os períodos analisados.

Nos casos de aplicação das PRD, a justificação mais utilizada foi a mera presença dos requisitos presentes no artigo 44, combinada ou não com outras justificativas, como a quantidade não expressiva de drogas. Também se destaca a aplicação do entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que o artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 não configura crime

hediondo, o que demonstra a importância da consolidação de jurisprudência favorável ao réu no STF e no STJ.

Em alguns casos, o julgador demonstrou posição pessoal contrária ao entendimento, mas aplicou a pena restritiva de direitos mesmo assim, aceitando a orientação jurisprudencial:

Anteriormente, ao tratar de casos envolvendo o tráfico de entorpecentes, defendi, em atenção ao disposto no art. 5º, XLIII, da CF, a integral aplicação dos rigores da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual determina a imposição do regime inicial fechado (art. 2º, § 1º, com redação dada pela Lei nº 11.464/07), e da Lei nº 11.343/06, que veda a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, caput).

No entanto, ressalvada minha convicção pessoal, é necessário levar em consideração que, no âmbito dos Tribunais Superiores, em relação ao tráfico privilegiado, a Jurisprudência se consolidou para diferenciá-lo do tráfico em sua forma fundamental, tratando-o como delito não assemelhado a hediondo, sempre que preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (Acórdão 1).

Esta Colenda 13ª Câmara Criminal, em consonância com as recentes decisões dos Egrégios Tribunais Superiores, alterou seu posicionamento e passou a entender cabível, em se tratando de tráfico privilegiado, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, como no caso em exame (Acórdão 13).

Diante dessas decisões, esse relator, que até então sustentava serem constitucionais referidos dispositivos, decidindo então na forma originalmente prevista na lei, curva-se, democraticamente, à nova orientação legislativa que, nos termos das decisões acima referidas, emanadas do STF, determina a análise da possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos e da fixação de regime inicial diverso do fechado (Acórdão 16).

Há também algumas situações que merecem destaque. Em três casos, não houve insurgência do Ministério Público quanto à substituição da pena por restrição de direitos, mas o relator deixou clara sua oposição à aplicabilidade da mesma, quase que lamentando a impossibilidade de *reformatio in pejus* e a devolutividade dos recursos:

E, quanto ao regime determinado e à própria substituição operada, à minguada de impugnação pela Justiça Pública, já consolidada a situação, devem ser mantidos. Cabe apenas ressalva sobre a impertinência, em princípio, dos benefícios concedidos, não se cogitando, no primeiro caso, obviamente, de maior abrandamento, quer diante da natureza do ilícito, quer das próprias circunstâncias concretas da infração, que justificariam, no entender deste Julgador, a escolha pelo fechado [...] (Acórdão 9)

Destaque-se, outrossim, que a medida não se mostra, com efeito, suficiente à sua reeducação, e estaria muito aquém da retribuição estatal necessária ao ilícito. Dada a conformidade do Ministério Público nada há, infelizmente, o

que ser feito. Resta manter, tão somente, a r. decisão de primeiro grau, ainda que indevidamente benevolente (Acórdão 38).

No meu ponto de vista, ele se dedicava a essa atividade criminosa e não era iniciante no tráfico. Dificilmente tal quantidade de entorpecente (01 "tijolo" com 991,81 gramas e 85 porções com 81,20 gramas), de alto valor comercial, seria confiada a traficante de primeira viagem. No entanto, sem qualquer insurgência ministerial a esse respeito, nada agora pode ser feito, sob pena de indevida reformatio in pejus.

E, tendo em vista a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em relação a figura do tráfico privilegiado, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 596.603/SP, a despeito do meu entendimento de que não seria caso de aplicação do aludido redutor, conforme supramencionado, deverá a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos, com fixação do regime prisional mais brando (Acórdão 60).

Verifica-se, portanto, um posicionamento pessoal dos julgadores no sentido de recrudescer a punição para o tráfico de drogas que, no entanto, não impede a aplicação dos princípios penais aos casos concretos. Nestes casos, portanto, direito e moral não se misturam e é possível a correta aplicação da lei e do entendimento jurisprudencial, a despeito de convicções internas dos juízes. Não obstante, conforme será demonstrado, esta não é uma regra absoluta.

Outro voto que merece destaque é o do acórdão 32, que solicitou retorno dos autos à origem para proposta de acordo de não-persecução penal, uma vez que a pena final, após a reforma da condenação, permitiria a aplicação do instituto. Abre-se um espaço interessante de discussão sobre o ANPP e o tráfico de drogas. É verdade que a pena mínima do tráfico de drogas não permite a aplicação do acordo antes do recebimento da denúncia, mas seria possível sua aplicação retroativa, como ocorreu no caso? É possível determinação de ANPP com base na pena concretamente aplicada? São questões sobre as quais a jurisprudência precisará se debruçar.

Por fim, é necessário mencionar que o *habeas corpus* 596.603 foi aplicado em quatro casos – por óbvio, todos do terceiro período de análise –, o que será explorado no tópico seguinte.

Quanto aos 13 casos em que não foram aplicadas as penas restritivas de direitos, é notável a preponderância da utilização dos critérios subjetivos do artigo 44 para afastar a substituição.

Em apenas dois casos a fundamentação do acórdão se pauta na ausência de critérios objetivos. No acórdão 49, o requisito do tempo de pena efetivamente não foi cumprido, pois a

causa de diminuição do parágrafo 4º foi aplicada em seu patamar mínimo e conjuntamente com causas de aumento de pena. Correta, portanto, a não aplicação da pena restritiva de direitos.

Já no acórdão 15, embora seja mencionada a ausência dos requisitos dos incisos I e II do artigo 44 do Código Penal – quais sejam, pena abaixo de quatro anos e não reincidência em crime doloso –, uma análise mais detida permite perceber que os requisitos mencionados estão presentes. A pena final restou em um ano e oito meses, o que permitiria a substituição penal. Já a reincidência não pode ser claramente verificada somente através do acórdão, que não menciona claramente se o acusado era primário. Não obstante, pela própria aplicação do tráfico privilegiado em seu patamar máximo, deduz-se que a primariedade está presente. Assim, conclui-se que a fundamentação foi incorreta.

Tirando essas duas exceções, verifica-se que a justificativa para afastamento de PRD aparece fundamentada em critérios subjetivos, tais quais a “insuficiência da medida” e os motivos e as circunstâncias do crime (art. 44, III, do CP). No acórdão 35, por exemplo, as penas restritivas de direitos não são aplicadas pela “culpabilidade exacerbada” do réu, sem que seja apontada qualquer característica do delito que permita a verificação deste dado.

Ainda, em grande parte dos casos tais critérios foram utilizados como subterfúgio para considerações sobre a gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas:

Quanto ao regime prisional, outro não poderia ser o senão o fechado, para ambos os acusados, tanto pela reincidência de RODRIGO, como por ser ele o **único compatível com o delito de tráfico de entorpecentes**, que tanto mal tem proporcionado para a sociedade, pois fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro dos traficantes.

[...]

Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (Acórdão 20. Grifou-se).

De qualquer sorte o traficante, seja de grande, médio ou pequeno porte, **não tem perfil para inicialmente cumprir a pena de outra forma que não encarcerado**. Não é razoável: imagine-se-o condenado a arcar com prestação pecuniária: de onde viria o numerário a ser utilizado para cumprir a pena? E no caso de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública? Onde teria de comparecer o disseminador do vício? A creches? A uma escola? A um hospital? A um orfanato?

Ora, não se diga que o dito “pequeno traficante” seja merecedor de uma resposta penal pusilânime comparativamente ao “grande traficante”. Com a devida vênia, esse raciocínio é equivocado; afinal, basta que a venda de entorpecentes seja efetuada uma única vez para que se desencadeie uma série de desordens transcendentais à pessoa do consumidor, vindo a repercutir em toda coletividade.

Uma das exigências do artigo 44, inciso III, do Código Penal, para viabilizar sua incidência, é a de que as circunstâncias do delito indiquem que a substituição seja suficiente para a sua repressão, requisito esse que, como se viu, não se harmoniza com as consequências perniciosas intrinsecamente relacionadas ao mercadejo de entorpecente, independentemente da “representatividade” do traficante. A substituição atenta contra a efetividade do processo penal na aplicação do justo concreto, atingindo frontalmente o caráter retributivo da reprimenda; mostra-se insuficiente como resposta à **culpabilidade do agente**, que perpetra o delito por cobiça, que patrocina interesses de organizações criminosas (Acórdão 25. Grifou-se).

Por fim, incabível a conversão dela em pena restritiva de direitos. Em que pese a recente edição da Resolução nº 5 do Senado Federal, que suspendeu a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, presente no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, tal **benefício** não é possível diante das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista os efeitos nocivos do crime de tráfico de entorpecentes, que geram profundas feridas na sociedade atual, e revelam a **postura indiferente adotada pelo agente** com relação à saúde pública e o bem estar social, o que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do art. 44, do Código Penal (CP), qual seja, “**os motivos e circunstâncias do crime** indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Desta feita, embora o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, inciso III, do CP) (Acórdão 27. Grifou-se).

Como corolário, inviável qualquer substituição, como pretendido pela defesa, pois não preenchido o requisito subjetivo do CP, art. 44, III, pois os **motivos e as circunstâncias do crime** indicam insuficiência, especialmente porque socialmente não recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico, impulsionador de uma verdadeira cadeia delitiva (Acórdão 46. Grifou-se).

Anoto, ainda, que a fixação de regime inicial fechado é de suma importância para a prevenção e a repressão do crime de tráfico de drogas em nosso país, o qual vem assumindo uma proporção sem precedentes, além de merecer a conduta da acusada maior repressão por parte do Estado, tornando desaconselhável a fixação de regime inicial mais brando, assim como a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos ou a aplicação de sursis.

[...]

Note-se que o próprio artigo 44 do Código Penal estipula casos específicos em que não é permitida a substituição da pena, obstando a concessão do beneplácito legal a casos em que a substituição não tem o condão de alcançar os fins colimados com a aplicação da reprimenda e da lei penal. E, nesse ponto, a aplicação de uma **medida tão branda e complacente** vai contra o tratamento austero e rígido que vem expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro (Acórdão 48. Grifou-se).

Os julgados transcritos permitem verificar que os critérios vagos do artigo 44, inciso III, tais quais motivos e circunstâncias do crime, culpabilidade e personalidade, são preenchidos com características relativas ao crime em abstrato, e não com circunstâncias específicas do caso. Ou seja, a motivação das decisões judiciais é feita de maneira genérica, aplicável a qualquer

caso de tráfico de drogas. Destaca-se que isso foi vedado pelo STF quando do julgamento do *habeas corpus* nº 97.256/RS, como já mencionado.

O direito de defesa é prejudicado, afinal, não importa o contexto específico do caso defendido; se é tráfico de drogas, a punição será a mais gravosa possível. O princípio de individualização da pena também é gravemente ferido.

Todas as considerações feitas sobre possíveis definições de personalidade, antecedentes e culpabilidade, bem como sobre a aproximação desses conceitos a um Direito Penal do Autor, caem por terra, pois na prática o que é analisado é tão somente o delito cometido pelo réu. No entanto, não se interprete que isso significa uma análise objetiva do caso. Pelo contrário, as características objetivas e subjetivas se confundem, de modo que, pelo simples fato de ser condenado pelo delito de tráfico de drogas – ainda que em sua modalidade mais branda, o tráfico privilegiado – o indivíduo alcança *status* de perigoso. O fato praticado se torna sintoma de uma personalidade deturpada.

Ainda, a gravidade abstrata do delito é exagerada pelos desembargadores, nos moldes previstos por Marcelo Semer (2019). Não obstante seja o tráfico um delito sem violência ou grave ameaça e sem vítima, os magistrados afastam a aplicação de PRD considerando que a comercialização de drogas “fomenta outras espécies de ilícitos penais, provoca a degradação do indivíduo e da família brasileira, desvia a juventude da busca de objetivos lícitos e produtivos em favor bem comum, tudo em troca de um único escopo, o lucro dos traficantes” (Acórdão 20); que “basta que a venda de entorpecentes seja efetuada uma única vez para que se desencadeie uma série de desordens transcendentais à pessoa do consumidor, vindo a repercutir em toda coletividade” (Acórdão 25); que as consequências do crime “geram profundas feridas na sociedade atual” (Acórdão 27); entre outros.

Cabe ressaltar que nenhuma das afirmações transcritas vem acompanhada de qualquer embasamento empírico; trata-se somente de opiniões do julgador. São, portanto, critérios morais diretamente aplicados no direito criminal, especialmente quando se analisa o tráfico de drogas. O princípio da secularização, portanto, também é desrespeitado.

As considerações de cunho moral servem para pintar a imagem do traficante como um inimigo interno, como já enunciado por Salo de Carvalho. O condenado por tráfico “perpetra o delito por cobiça” e “patrocina interesses de organizações criminosas” (Acórdão 25), tem “postura indiferente com relação à saúde pública e o bem-estar social” (Acórdão 27), não pode

se aproximar de crianças ou hospitais (Acórdão 25), etc. É, portanto, pessoa distinta dos demais, perigosa, que merece ser segregada.

Note-se que esse desenho é construído em relação ao pequeno traficante, que está na base da pirâmide do tráfico de entorpecentes e não tem qualquer poder de decisão na cadeia produtiva. A quantidade média de drogas apreendida é de 146,21 gramas.

Uma vez criado o arquétipo do traficante perigoso, a conclusão óbvia, na visão dos julgadores, é que a pena restritiva de direitos é inaplicável. Aqui, fica clara a divisão entre criminoso perigoso e não perigoso, mencionada no item 2.1. As alternativas penais seriam reservadas somente aos segundos, por serem benefícios, “medidas brandas e complacentes” (Acórdão 48), insuficientes à reprimenda de delito tão grave quanto o tráfico. Os supostos benefícios ressocializantes das PRD são deixados de lado em prol de uma também suposta maior retribuição produzida pela privação de liberdade.

Assim, é fácil perceber como as penas restritivas de direitos, que surgem com o ideal de diminuir o encarceramento e ser uma punição mais efetiva para determinados casos, são ressignificadas na prática, e não aplicadas mesmo a casos de pouca ofensividade ao bem jurídico. Embora este trabalho não tenha pretensão de ser estatístico, e a análise quantitativa tenha inclusive demonstrado aplicação das PRD em uma quantidade razoável de casos, é possível imaginar que este mecanismo argumentativo seja uma das explicações para a inefetividade das alternativas penais para a diminuição do encarceramento.

Em resumo, a existência de critérios imprecisos e valorativos no artigo 44 do Código Penal, na contramão do modelo garantista previsto por Ferrajoli, se soma a considerações de caráter moral sobre o delito de tráfico de drogas em abstrato e impede a aplicação de alternativas penais, que são vistas como reservadas somente a criminosos menos perigosos. É possível verificar uma predominância do poder de disposição previsto por Ferrajoli, uma vez que a abertura semântica é preenchida não por conceitos legais, mas por juízos de valor ligados à obrigação de decisão.

Destaca-se, ainda, que o acórdão 25 vai na contramão de todas as orientações jurisprudenciais e deixa de aplicar a substituição penal por considerar o tráfico privilegiado crime hediondo. Isso porque as decisões do STF em processos de natureza subjetiva não têm eficácia vinculante. Se, nos acórdãos em que foi aplicada a pena restritiva de direitos, o uso do entendimento dos tribunais superiores pela não hediondez do tráfico privilegiado foi um sinal

positivo, esta decisão demonstra que ainda há um caminho a ser percorrido até que sua aplicação seja completa:

Desacolhe-se também o pleito de Paulo Henrique de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois, não obstante editada, pelo Senado Federal, a Resolução nº 05/2012, norma de natureza infraconstitucional que suspendeu a vigência da última parte do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, continua sendo inviável, *venia concessa*, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, “não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput.” (Apelação nº 0025232-75.2010.8.26.0224, Comarca de Guarulhos, Colenda Nona Câmara de Direito Criminal, j. em 02 de junho de 2011, Rel. DES. SOUZA NERY). E, note-se bem, a Resolução senatorial não abrange o artigo 44 da Lei de Drogas, o que, como é cediço, não pode ser atribuído a “esquecimento” do legislador.

[...]

Faz sentido, porquanto a benesse em apreço foi inserida no ordenamento jurídico pátrio com o intuito de oferecer a melhor das alternativas de ressocialização para aqueles indivíduos de periculosidade inexpressiva, que praticaram delitos de diminuto grau de lesividade social, o que não se coaduna com a natureza do delito em questão, equiparado a hediondo.

A esse respeito, aliás, insta salientar que, a despeito de recente decisão do Pretório Excelso ter, por maioria de votos, afastado a hediondez do tráfico privilegiado (HC 118.533/MS), a Relatoria espousa o entendimento no sentido de que o crime do artigo 33, caput, da Lei de Drogas, ainda que aplicado o § 4º do mesmo dispositivo, é mesmo equiparado a hediondo (Acórdão 25).

Aqui fica ainda mais clara a visão de que a substituição de pena é benefício a ser concedido somente para uma parcela selecionada de indivíduos que podem ser assim ressocializados, que seriam menos perigosos.

Mesmo quando se utilizam critérios supostamente mais objetivos, como a quantidade de droga, é notável a possibilidade de arbítrio por parte dos desembargadores. No caso do acórdão 8, o único em que a justificativa utilizada é a quantidade e a nocividade dos entorpecentes, foram apreendidos somente 15,81 gramas de maconha.

Assim, o juízo sobre o que é uma quantidade nociva ou não de drogas, ou mesmo de quais substâncias são mais ou menos prejudiciais, repousa inteiramente sob a opinião do julgador, não havendo qualquer base empírica. Para fins de comparação, a pena restritiva de direitos foi aplicada no acórdão 42, cuja apreensão foi de 65,16 gramas de maconha, 32,82 gramas de crack e 71,6 gramas de cocaína. Ou seja, quantidade e variedade maiores de entorpecentes foram consideradas menos nocivas.

Para além do fato de o artigo 42 da Lei 11.343/06 permitir o uso da quantidade e nocividade dos entorpecentes somente para a fixação da pena (ou seja, na primeira fase da dosimetria penal e, portanto, não para a aplicação ou não de causas de diminuição de pena), é possível fazer uma reflexão quanto à equidade das decisões.

Como já mencionado, a doutrina garantista de Ferrajoli não nega que deve haver um nível de discricionariedade nas decisões judiciais, justamente para permitir a adequação da sanção ao caso concreto. No entanto, o autor estabelece que esse exercício discricionário deve ser sempre limitado por um ideal de equidade, que leve em consideração as particularidades do caso concreto para dar a cada caso a solução mais justa.

Já se verificou que as características específicas tendem a ter pouca importância no momento de aplicação da pena, o que, em si, se afasta do proposto pelo autor. Não obstante, aqui se percebe que, mesmo quando consideradas particularidades – a quantidade de drogas –, não se atinge um ideal de justiça, pois, sendo as decisões fundadas em opiniões dos julgadores, os resultados concretos são os mais diversos possível. Casos semelhantes são tratados de forma diferente, e casos mais graves podem ser apenados com sanções mais intensas. Trata-se de uma falta de segurança jurídica que prejudica a legitimidade do sistema penal.

No único caso em que se menciona a gravidade concreta do delito (Acórdão 48), tal circunstância já foi anteriormente aferida. Isso porque os desembargadores acharam por bem afastar a aplicação de pena restritiva de direitos, entre outros motivos, porque as drogas foram apreendidas em revista para visitação em penitenciária, sendo a PRD medida insuficiente “principalmente se valorado o número de detentos que poderiam ser servidos com a quantidade apreendida em poder da r , evidenciando a periculosidade latente da apelada”.

Não se nega que o contexto mencionado de fato pode ser valorado como circunstância concretamente mais grave. Não obstante, a traficância cometida nas dependências de estabelecimentos prisionais já foi negativamente punida pelo legislador, que incluiu a circunstância no rol de causas de aumento de pena do artigo 40 da Lei 11.343/06, no inciso III, aplicado neste caso. Ou seja, há uma dupla valoração negativa da circunstância, podendo configurar *bis in idem*. Ainda, novamente a característica objetiva da prática delituosa é utilizada para a caracterização da acusada como “perigosa”.

Por fim, cabe destacar que houve três casos em que a pena não foi substituída como forma de beneficiar o réu, uma vez que, da maneira em que ocorre na prática (ao menos no estado de

São Paulo), o cumprimento de pena em regime aberto é menos oneroso do que as penas restritivas de direitos, pois não impõe tantas obrigações práticas.

5.4. Diferença entre os períodos analisados

Uma vez analisada a pergunta principal de pesquisa, é possível verificar o segundo ponto de análise, ou seja, se a pandemia de Covid-19 e as recomendações exaradas no ano de 2020 impactaram positivamente (ou não) na aplicação de penas restritivas de direitos a casos de tráfico privilegiado.

Para responder à questão, os acórdãos foram selecionados em três períodos específicos, divididos pela Recomendação 62 do CNJ e o HC 596.603, tomados como marcos que poderiam alterar a aplicação de penas no país durante o ano de 2020, especialmente no caso de tráfico privilegiado (foco do *habeas corpus* mencionado). O primeiro período, então, serviria como uma base de análise, pois a pandemia ainda não havia atingido o Brasil e nenhuma das duas recomendações mencionadas existia. Os períodos seguintes, por sua vez, serviriam para investigar a aplicação da recomendação e do *habeas corpus* coletivo.

Conforme antecipado no item anterior, em termos quantitativos, não se observou grande discrepância entre os três períodos no que tange à aplicação de tráfico privilegiado e de penas restritivas de direitos a esses casos. No primeiro e no segundo períodos, as PRD foram aplicadas em 35% dos casos totais; enquanto no terceiro, foram aplicadas em 45% dos casos. Isso pode demonstrar que as orientações jurisprudenciais escolhidas tiveram pouco impacto nas decisões judiciais. Entretanto, é necessário ressaltar, novamente, que a quantidade de acórdãos analisada é muito reduzida, o que impossibilita a generalização dos resultados encontrados.

Qualitativamente, no entanto, é possível tecer algumas considerações mais precisas. A Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça não foi mencionada em qualquer um dos acórdãos verificados, e tampouco foi mencionada a pandemia de coronavírus. Embora a amostra analisada seja pequena, revela-se um cenário preocupante, em que a maior pandemia do último século não parece estar entre as preocupações dos julgadores de recursos criminais, nem mesmo para abrandamento da pena.

Quando se acrescenta aos termos de pesquisa utilizados¹⁴ no segundo período pesquisado as palavras “recomendação 62”, os resultados de busca, que eram 2943, são reduzidos a meros cinco, o que demonstra ainda mais a baixa menção a tal postulado, mesmo que para afastá-lo.

É claro que, conforme já mencionado, a recomendação não trata especificamente de penas restritivas de direitos, sendo sua aplicação mais efetiva em casos de prisões preventivas, por exemplo. Ainda assim, ao menos a pandemia de coronavírus deveria ser de algum modo mencionada como preocupação dos magistrados (e das defesas), o que não ocorreu. Colocando como novo termo de busca a palavra “coronavírus”, somente catorze resultados retornam.

Isso vai ao encontro dos achados do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), em relatório sobre mutirão realizado para fazer pedidos de liberdade provisória após a publicação da Recomendação 62 do CNJ. Apenas 26,3% dos casos em que o IDDD atuou tiveram decisões favoráveis (liberdade provisória ou prisão domiciliar) e, destes, apenas 47,5% mencionaram a pandemia. Ademais, a recomendação do Conselho Nacional de Justiça foi mais mencionada para afastar a liberdade do que para concedê-la. Mostra-se um panorama de descaso para com as consequências da pandemia no sistema carcerário.

No entanto, quanto ao *habeas corpus* coletivo 596.603, que impôs a aplicação de regime aberto para casos de tráfico privilegiado e a possibilidade de substituição de pena, vê-se um cenário mais animador. Segundo mencionado no item anterior, em quatro dos casos em que foi aplicada a substituição de pena, houve menção ao *habeas corpus*.

O acórdão 42, por exemplo, foi fruto de determinação da presidência do Tribunal para reavaliação da condenação anterior à luz da nova jurisprudência do STJ. Embora a Câmara não tenha considerado que a determinação do HC foi descumprida – uma vez que foi estabelecido regime semiaberto, sendo a pena maior do que um ano e oito meses –, reconsiderou o anteriormente decidido no que tange à aplicação de penas restritivas de direitos, fundamentando no tempo de prisão cautelar cumprido até então, na menoridade relativa do acusado e na quantidade não excessiva de entorpecentes apreendidos. De maneira semelhante, os acórdãos 54 e 59 aplicam o HC tanto para o estabelecimento de regime aberto quanto para a aplicação de pena restritiva de direitos, sem maiores justificativas.

Cabe ainda destacar o acórdão 60, em que, apesar de discordar da aplicação do parágrafo 4º ao caso, o desembargador aplica o estabelecido pelo *habeas corpus*:

¹⁴ Conforme item 5.1.

E, tendo em vista a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em relação a figura do tráfico privilegiado, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 596.603/SP, a despeito do meu entendimento de que não seria caso de aplicação do aludido redutor, conforme supramencionado, deverá a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos, com fixação do regime prisional mais brando (Acórdão 60).

Assim, percebe-se que apesar de ser ainda um precedente recente, o HC 596.603/SP já demonstra sua importância, tendo sido aplicado em casos imediatamente posteriores a seu julgamento.

As orientações jurisprudências, embora na maioria das vezes não sejam vinculantes, são uma forma importante de garantir a uniformização das decisões e incluir critérios de julgamento, especialmente quando a lei não é taxativa, como é o caso analisado. Na prática, percebeu-se a relevância dos precedentes tanto no caso deste *habeas corpus*, como no caso das decisões que retiraram o caráter hediondo do tráfico privilegiado e permitiram a aplicação de penas restritivas de direitos, conforme visto no item anterior.

Assim, embora a aplicação de precedentes e orientações possa demorar a ser concretizada, é importante que os Tribunais Superiores tomem posições garantistas, a fim de padronizar as decisões no país inteiro de maneira favorável ao réu.

Não obstante, o *habeas corpus* também foi mencionado para ser afastado. O acórdão 46, embora mencione o precedente, não o aplica pois “O HC nº 596.603/SP do STJ somente se aplica se todas as circunstâncias judiciais e legais sejam reconhecidas a seu favor (quantidade pequena de droga, primariedade e bons antecedentes do agente, além de não demonstração de seu envolvimento em atividade ou organização criminosa)”. Ainda, afasta a aplicação do artigo 44 do Código Penal com base nos motivos e circunstâncias do crime, e porque a medida não seria “[...] recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico, impulsionador de uma verdadeira cadeia delitiva”.

Nesse sentido, novamente se verifica que, mesmo com orientação dos Tribunais Superiores em sentido contrário, acaba-se utilizando a gravidade em abstrato do delito e o livre convencimento do juiz como escapes para a criação de situação menos benéfica ao réu.

Por fim, cabe ainda mencionar questão que estava fora do escopo inicial do trabalho, mas que foi observada. As alterações trazidas pelo “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19), em especial ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais, são mais um avanço em direção ao abrandamento das penas em casos de tráfico privilegiado. Foi acrescentado o parágrafo 4º ao artigo 112: “Não

se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006” (BRASIL, 1984).

O acórdão 35 deixa claro o impacto da mudança. Se até então, o entendimento do julgador era de que o tráfico com causa de diminuição do §4º configurava crime hediondo – pois apesar de haver entendimento do STJ e STF em sentido contrário, nenhum deles tinha caráter vinculante –, a alteração legislativa tornou impossível evitar a conclusão em sentido contrário:

Ante a inexistência de resolução do Senado acerca do assunto ora em debate, tampouco edição de Súmula Vinculante nesse sentido, muitas Câmaras de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça, das quais esta se inclui, mantiveram seu posicionamento de que o “tráfico privilegiado” era equiparado a crimes de natureza hedionda. Acontece que, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (popularmente conhecida como “pacote anticrime”), trouxe uma inflexão ao debate [...].

A despeito de o legislador não ter escrito expressamente que o tráfico de drogas previsto no § 4º (“tráfico privilegiado”) deixa de ser considerado hediondo em todo o ordenamento jurídico, uma interpretação literal negaria a evolução histórica, que aos poucos se fortificou no sentido de considerar o “tráfico privilegiado” como crime comum, exatamente pelo fato de que tais delitos “apresentam contornos menos gravosos e levam em conta elementos como o envolvimento ocasional e a não reincidência”.

Adotar uma premissa válida para a Lei de Execuções Penais e outra para o Direito Penal, sem uma justificativa excepcional plausível, acaba por tornar o Direito Penal incongruente, teratológico, uma vez que seriam aplicados “dois pesos e duas medidas” (Acórdão 35).

Não se nega que, mesmo com a alteração legislativa em comento, é possível interpretação diversa, no sentido de que a modificação só se aplica nos termos expressos no artigo. Inclusive, é esse o posicionamento tomado no acórdão 25, já mencionado. Não obstante, é inegável que essa alteração da Lei de Execução Penal pode abrir o caminho para uma alteração de posicionamento importante no TJSP, como mencionado no trecho acima.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As penas restritivas de direitos, bem como outras alternativas penais, foram incluídas no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo declarado de trazer soluções menos danosas e mais eficazes à criminalidade, diminuindo as taxas de encarceramento. Não obstante, verificou-se que o encarceramento em massa somente cresceu desde então, o que colocou em cheque sua aplicação.

Uma das explicações para esse fenômeno é que as penas alternativas, geralmente, são aplicadas a casos menos graves, em que o réu já não seria encarcerado. A substituição da pena,

desde o princípio, foi reservada a indivíduos vistos como menos perigosos. No caso das penas restritivas de direitos, essa questão é potencializada pela própria redação da lei penal, marcada por conceitos abertos e altamente valorativos que permitem interpretações diversas pelos julgadores, geralmente de cunho moral.

Quando se junta à equação o crime de tráfico de drogas, os critérios morais se tornam ainda mais presentes, porque toda a trajetória da persecução penal do comércio de entorpecentes no Brasil é marcada pela associação do traficante à figura de um inimigo interno, em oposição ao usuário, que deve ser medicamente tratado. O tráfico privilegiado é colocado como pena intermediária entre a despenalização do porte para uso e a grave punição do tráfico, porém também enfrenta dificuldades de aplicação pelo uso de conceitos sem definição legal.

Na pesquisa empírica, verificou-se quantitativamente um cenário mais favorável do que o esperado, com aplicação das penas restritivas de direitos a cerca de 38% dos casos analisados. No entanto, considerando que foram utilizados filtros de pesquisa para obter apenas resultados em que a PRD fosse ao menos cogitável, essa porcentagem ainda está longe do ideal. Ainda, não é possível generalizar esse resultado para o universo das decisões do TJSP.

Qualitativamente, a análise dos casos de não aplicação de penas restritivas de direitos aponta tendências preocupantes. Os critérios vagos do artigo 44 do Código Penal – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime – são preenchidos por considerações sobre a gravidade em abstrato do delito de tráfico de drogas. Os julgadores imprimem juízos de valor sobre o tráfico em geral, independente das características específicas de cada caso, na contramão inclusive de recomendações do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, a gravidade em abstrato do delito é aumentada sem qualquer embasamento empírico. Conforme antecipado por Marcelo Semer em “Sentenciando Tráfico”, o pânico moral é uma chave analítica que explica a desproporção com que o tráfico é punido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Diante desse exagero, critérios subjetivos (relacionados ao indivíduo) e objetivos (relacionados ao crime) se misturam para a aplicação das penas restritivas de direitos – ou melhor, para sua não aplicação – a casos de tráfico. A condenação por tráfico de drogas, mesmo que em sua versão menos gravosa, se torna indicativa de uma personalidade desviada e de uma pessoa perigosa. Reprova-se a ação, mas como característica da pessoa.

A oposição entre criminoso perigoso e não perigoso, quando atrelada ao crime de tráfico, associa o traficante imediatamente à primeira categoria, independentemente de qualquer aferição complementar. Está criado o inimigo interno mencionado por Salo de Carvalho, que deve ser segregado dos demais. A pena se afasta do ideal ressocializador e se aproxima da neutralização.

Frente a esse cenário, em que a aplicação de penas é feita não com base em critérios legais, mas em juízos de valor pautados em parâmetros morais, torna-se clara a existência de um poder de disposição exacerbado, que prejudica o sistema penal e fere princípios importantes, como o direito de defesa (pois a motivação alheia à lei é difícil de ser combatida) e a secularização. Assim, o sistema brasileiro se afasta do ideal de direito penal garantista, conforme proposto por Ferrajoli.

A equidade também é ferida. Como a gravidade abstrata do crime de tráfico é o principal argumento utilizado pelos desembargadores, não importam as especificidades de cada caso, pois todos merecem ser tratados com igual rigor. Casos diferentes são tratados da mesma maneira, na contramão da igualdade material; a individualização da pena não é respeitada.

No que tange ao impacto das orientações administrativas e jurisprudenciais emanadas no ano de 2020, é preocupante a baixa menção à Recomendação nº 62 do CNJ e à própria pandemia de coronavírus nas decisões analisadas. Por outro lado, o julgamento do *habeas corpus* 596.603/SP já demonstrou impactos positivos. Embora seja cedo para análises conclusivas, a aplicação rápida do *habeas corpus* coletivo a alguns casos demonstra a importância de decisões dos Tribunais Superiores para a garantia de direitos dos apenados.

Isso também foi verificado nos casos em que foram aplicadas as penas restritivas de direitos. Mesmo que de maneira contrária, muitas vezes, a seus entendimentos pessoais, os desembargadores passaram a respeitar o entendimento consolidado no STJ e no STF, no sentido de que o tráfico minorado pela causa de diminuição do artigo 33, §4º não é delito hediondo. Destaca-se, porém, que essa não é uma realidade absoluta, e que essa jurisprudência que agora se consolida já existe há mais de dez anos.

Assim, demonstra-se a importância da existência de jurisprudência favorável ao réu, buscando diminuir o arbítrio na aplicação de alternativas penais. Decisões como a do HC 596.603/SP são passos importantes, mas ainda assim insuficientes para uma mudança de paradigma. Esse *habeas corpus* garante o regime aberto e substituição de pena a casos ainda restritos, e carece de efeito vinculante para os demais Tribunais do país. Assim, é necessária

uma posição mais contundente dos Tribunais no sentido de efetivar o direito dos réus à substituição da pena, independentemente de critérios subjetivos.

Não obstante, é necessário destacar que, enquanto a lei penal mantiver em sua redação critérios vagos e de alto caráter valorativo, haverá espaço para o arbítrio do julgador e o aumento do poder punitivo, aproximando-se do poder dispositivo previsto por Ferrajoli. A ausência de legalidade estrita na redação do artigo 44 do Código Penal permite a entrada de considerações de caráter moral na decisão judicial, fortemente influenciadas pela imagem social negativa do tráfico de drogas.

Alterações legislativas que diminuam a falta de precisão e a subjetividade dos critérios para a aplicação de alternativas penais são necessárias para que esta se torne de fato um direito, e não um privilégio que pode ser distribuído de acordo com a vontade do juiz.

7. BIBLIOGRAFIA

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 1-31, 11 nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2018v21n41p01-31>. Acesso em: 13 set. 2021.

BERDET, Marcelo; SILVA, Patrícia Regina da Matta. O Monitoramento Psicossocial nas Penas e Medidas Alternativas (PMAs): Uma Tecnologia Disciplinar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 91, p. 313–331, jul. 2011.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. **A DESPROPORCIONALIDADE DA LEI DE DROGAS: OS CUSTOS HUMANOS E ECONÔMICOS DA ATUAL POLÍTICA NO BRASIL**. São Paulo, jun. 2013.

BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. **Dosimetria e discricionariedade**: a fixação de pena no tráfico privilegiado. Belo Horizonte: Editoria Dialética, 2021. E-book.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62. Brasília, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.828, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 21 dez. 1940.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Brasília, 1983.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 05 ago. 2013.

BRASIL. Portaria nº 495, de 28 de abril de 2016. Brasília, 02 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 596.603. Brasília, 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256. Brasília, 16 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.840. Brasília, 17 dez. 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 189 p.

CARVALHO, Salo de. **Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento**. Revista Científica dos Estudantes de Direito da Ufrgs, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 1-30, nov. 2010. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/resseveraverumgaudium/article/view/64516/37405>. Acesso em: 26 out. 2020.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 752 p.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, 2019. Disponível em: ><https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, 2020. Disponível em: ><https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

DORNELLES DE SOUZA, Guilherme Augusto. **“PUNIR MENOS, PUNIR MELHOR”**: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no brasil. 2014. 208 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Criminais, Puc Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

DORNELLES DE SOUZA, Guilherme Augusto. **ALTERNATIVAS PENAIS À PRISÃO NO BRASIL: ENTRE A RUPTURA E A ARTICULAÇÃO COM O CÁRCERE**. In: 3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2012, Porto Alegre. Anais [...]. Porto Alegre: Edipucrs, 2013. p. 1-2.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Justiça e Negacionismo**: como magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões. São Paulo: IDDD, 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. São Paulo: Editora Método, 2019. 254 p.

SANFELICE, Renan Antunes. **LEI DE DROGAS**: critérios para diferenciação entre os delitos de tráfico e porte para consumo e para aplicação do tráfico privilegiado. 2018. 105 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. 340 p.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha. **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 275-320.

TAVARES, Juarez. **Parecer para a ADPF 347**. Brasília, 2015.

8. APÊNDICE: ACÓRDÃOS ANALISADOS

Número do Acórdão	Processo	Câmara	Tráfego privilegiado	PRD
Primeiro Período (01/01/2021 a 16/03/2021)				
1	0004897-28.2017.8.26.0050	1ª	Sim	Sim
2	0000061-50.2018.8.26.0608	2ª	Sim	Sim
3	0000231-80.2018.8.26.0621	3ª	Não	Não
4	1505647-10.2018.8.26.0344	4ª	Sim	Não
5	1500624-28.2019.8.26.0545	5ª	Não	Não
6	1500467-82.2019.8.26.0536	6ª	Não	Não
7	1500036-31.2019.8.26.0574	7ª	Não	Não
8	0006065-44.2015.8.26.0597	8ª	Sim	Não
9	0001221-97.2016.8.26.0538	9ª	Sim	Sim
10	1508149-42.2019.8.26.0228	10ª	Não	Não
11	0064925-93.2016.8.26.0050	11ª	Não	Não
12	1500218-19.2018.8.26.0326	12ª	Sim	Sim
13	1500647-08.2018.8.26.0545	13ª	Sim	Sim
14	1500478-56.2019.8.26.0619	14ª	Não	Não
15	1500984-08.2019.8.26.0530	15ª	Sim	Não
16	0000720-63.2018.8.26.0542	16ª	Sim	Sim
17	0001759-19.2018.8.26.0535	12ª	Sim	Sim
18	1515409-73.2019.8.26.0228	6ª	Não	Não
19	1500438-41.2019.8.26.0533	3ª	Não	Não
20	0000945-52.2016.8.26.0187	11ª	Sim	Não
Segundo Período (17/03/2021 a 07/09/2021)				
21	1512502-28.2019.8.26.0228	1ª	Sim	Não
22	0002079-41.2017.8.26.0103	2ª	Sim	Não
23	1503357-24.2018.8.26.0408	3ª	Não	Não
24	1501839-54.2019.8.26.0540	4ª	Não	Não
25	0000127-75.2016.8.26.0551	5ª	Sim	Não
26	1500065-50.2019.8.26.0552	6ª	Não	Não
27	1500522-84.2019.8.26.0616	7ª	Sim	Não
28	1501199-81.2019.8.26.0530	8ª	Não	Não
29	0011592-45.2017.8.26.0196	9ª	Não	Não
30	0001243-96.2018.8.26.0050	10ª	Sim	Sim
31	1502993-73.2019.8.26.0228	11ª	Não	Não
32	1500359-83.2019.8.26.0526	12ª	Sim	Sim
33	0044715-50.2018.8.26.0050	13ª	Sim	Sim
34	1508637-94.2019.8.26.0228	14ª	Não	Não
35	1501913-71.2019.8.26.0617	15ª	Sim	Não
36	0000318-61.2018.8.26.0548	16ª	Não	Não

37	1500896-85.2019.8.26.0621	2 ^a	Sim	Sim
38	1501991-39.2018.8.26.0637	9 ^a	Sim	Sim
39	1500108-64.2019.8.26.0591	16 ^a	Sim	Sim
40	0000195-39.2017.8.26.0050	13 ^a	Sim	Sim
Terceiro Período (08/09/2021 a 31/12/2020)				
41	1503184-70.2019.8.26.0535	1 ^a	Sim	Não
42	1500973-43.2018.8.26.0617	2 ^a	Sim	Sim
43	1500047-58.2020.8.26.0531	3 ^a	Não	Não
44	0000744-61.2017.8.26.0628	4 ^a	Não	Não
45	1500207-53.2019.8.26.0132	5 ^a	Não	Não
46	1500432-64.2018.8.26.0599	6 ^a	Sim	Não
47	1500604-78.2019.8.26.0111	7 ^a	Não	Não
48	0002316-88.2017.8.26.0616	8 ^a	Sim	Não
49	0000465-15.2017.8.26.0551	9 ^a	Sim	Não
50	0001788-90.2018.8.26.0431	10 ^a	Sim	Sim
51	1527256-72.2019.8.26.0228	11 ^a	Sim	Sim
52	0020659-84.2016.8.26.0320	12 ^a	Sim	Sim
53	1500172-79.2018.8.26.0536	13 ^a	Não	Não
54	1500185-71.2019.8.26.0333	14 ^a	Sim	Sim
55	0024546-42.2019.8.26.0071	15 ^a	Não	Não
56	0001616-18.2016.8.26.0400	16 ^a	Sim	Sim
57	0000312-29.2018.8.26.0621	15 ^a	Não	Não
58	0001007-95.2018.8.26.0616	1 ^a	Sim	Sim
59	1500207-66.2019.8.26.0160	14 ^a	Sim	Sim
60	1503371-39.2019.8.26.0548	10 ^a	Sim	Sim