

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Penas alternativas para
pequenos traficantes:**

os argumentos do TJSP
na engrenagem do
superencarceramento

**Non-custodial sentences
for small drug dealers:** the
arguments of São Paulo appeal
court in the mass incarceration's
machinery

Maíra Rocha Machado

Matheus de Barros

Olívia Landi Corrales Guaranha

Julia Adib Passos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL	19
PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED	21
Roger Matthews	
A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	37
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....	55
Cynthia Cline	
CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS	90
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	114
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIAS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS	128
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...	163
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....	179
Gabriel Ignacio Anitua	
AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....	195
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO?	210
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA	228
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL	244
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....	261
Nicolás Santiago Cordini	
CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....	277
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....	290
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	320
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	337
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....	361
Pedro Adamy	
O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....	378
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....	397
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....	422
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....	450
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	473
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT	495
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL	515
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....	531
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....	551
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...	574
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO	605
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
II. OUTROS TEMAS	630
AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	632
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN	649
Jackson da Silva Leal	
DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	668
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	690
Rafael Antonio Baldo	
A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....	707
Marcelo Quevedo Do Amaral	
GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS	726
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS	746
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	767
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL?	782
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	

Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento*

Non-custodial sentences for small drug dealers: the arguments of São Paulo appeal court in the mass incarceration's machinery

Maíra Rocha Machado**

Matheus de Barros***

Olívia Landi Corrales Guaranha****

Julia Adib Passos*****

* Artigo convidado

Esse artigo apresenta resultados parciais de pesquisa desenvolvida em 2017 pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. Agradecemos imensamente a leitura, os comentários, sugestões e críticas de todas as pessoas que participaram da reunião do Núcleo que debateu o presente texto, em especial: Marta Machado, Eloisa Machado, Carmen Fullin, Poliana da Silva Ferreira, Konstantin Gerber, Jeferson Mariano, Carolina Cutrupi Ferreira, Luciana de Oliveira Ramos, Mariana de Souza Amaral, Nikolay Henrique Bispo, Nicola Tommasini, Amanda da Mata, Ana Mello Cortês, Hilem Oliveira, Lucas Aquino e Theófilo Miguel de Aquino.

** Professora da Graduação e do Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). E-mail: Maira.Machado@fgv.br

*** Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). E-mail: k.matheusdebarros@gmail.com

**** Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Foi estagiária pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, durante o ano de 2017. E-mail: oliguaranha@gmail.com

***** Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi estagiária pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, durante o ano de 2017. E-mail: juliapassos90@hotmail.com

RESUMO

Este texto apresenta os resultados de pesquisa sobre os argumentos mobilizados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para decidir as penas aplicadas aos chamados “pequenos traficantes”. Ao focalizar os processos decisórios e suas motivações, essa pesquisa aposta para o papel crucial que desempenha o poder judiciário para a produção de diagnósticos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e, a partir deles, para a elaboração de políticas públicas voltadas a conter o superencarceramento. O método de coleta e análise de dados permitiu a identificação e organização dos argumentos mais frequentes em 266 acórdãos, bem como contribuiu para desvendar o modo como o Tribunal posicionou-se diante das mudanças jurisprudenciais e normativas da última década. Esses dados foram então discutidos à luz das chaves de análise propostas por Dan Kaminski, em especial no tocante às tensões entre as normatividades institucionais, organizacionais e profissionais nas práticas penais. Com base nesse método de trabalho, foi possível observar de que modo o Tribunal reage aos precedentes aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e expande seu arsenal argumentativo para negar a substituição das penas prisionais por restritivas de direitos. Destacaram-se, nesse ponto, as teias argumentativas relacionadas à percepção dos magistrados sobre o tráfico de drogas e sobre a insuficiência das penas alternativas.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado. Tráfico de drogas. Penas alternativas à prisão. Pesquisa empírica. Motivação das decisões judiciais

ABSTRACT

This paper presents the result of an empirical research on judicial decisions (São Paulo Appeal Court) concerning convictions of the so-called “small drug dealers”. Focusing on judicial decisions and their motivations, this research emphasizes the crucial role played by the Judiciary in a solid understanding of how the criminal justice system is actually functioning

and, therefore, in the design of public policies to overcome mass incarceration. Sampling strategies granted access to 266 decisions in the period of ten years and allowed inferences concerning the most frequent motives to deny non-custodial sentences in these cases. The result of the categorization of the motives were then challenged by the theoretical framework conceived by Dan Kaminsky, in particular the tensions among institutional, organizational and professional normativity in penal practice. The paper finally shows how São Paulo Appeal Court deals with Supreme Court decisions and expands substantively the number and type of motives used to deny non-custodial sentences to “small drug dealers”.

Keywords: Small drug dealers. Alternatives to incarceration. Empirical research. Judicial decision making.

1. INTRODUÇÃO

Os últimos dados disponibilizados pelo Infopen, referentes a junho de 2016, indicam que o total de pessoas encarceradas no Brasil alcançou 726.712, colocando nosso país em terceiro lugar no ranking dos países que mais encarceram no mundo¹. Só metade tem vaga no sistema penitenciário. De acordo com o levantamento, nossa assim chamada “transição democrática” coincidiu com o aumento de mais 700% na população prisional. A participação de São Paulo nesse quadro é digna de nota: o Estado responde por 33% da população carcerária do país, alcançando a taxa de aprisionamento de 536,5 — muito acima da nacional de 352,6. Em relação a esse total, os dados indicam que ao menos 28% estão presas por tráfico de drogas. Na distribuição por gênero, importante notar que, entre as mulheres, esse percentual sobe para 62%.

Ainda que alarmantes, os números não permitem acessar as condições de vida em prisão, tampouco as implicações presentes e futuras para a pessoa condenada, sua família e comunidade. Nos últimos anos, temos a impressão que as inúmeras pesquisas e denúncias produzidas por organizações não governamentais e pela academia começam a ecoar mais fortemente em discursos de alguns parlamentares e membros do poder executivo, em algumas decisões judiciais e relatórios de gestão. O superencarceramento brasileiro começa a ser percebido como um problema grave para o qual se demanda “sensibilidade legislativa”, “motivação política”, “atuação coordenada”, além de “integração num conjunto mais amplo de políticas públicas e sociais”.²

Aqui e em diversos outros países, o problema do superencarceramento encontra-se diretamente ligado à política de drogas. Pesquisas de diversos tipos têm colocado em relevo o modo como a sistemática das abordagens policiais e dos flagrantes, a baixa exigência probatória das condenações e os aumentos de pena têm contribuído para o aumento vertiginoso da população prisional.

Esta pesquisa se insere nesse quadro e busca, muito especificamente, identificar o modo como o Tribunal de Justiça de São Paulo decide e justifica a pena aplicada aos “pequenos traficantes”. A escolha dessa modalidade típica deve-se, como se verá a seguir, à disputa legislativa e jurisprudencial ao redor da possibilidade de aplicar penas alternativas à prisão às pessoas condenadas por tráfico privilegiado. Ao focalizar os processos decisórios e suas motivações, apostamos no papel crucial que desempenha o poder judiciário para a produção de diagnósticos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e, a partir deles, para a elaboração

1 Todos os dados referentes à situação prisional foram extraídos do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização Junho de 2016*.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização Junho de 2016*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

2 As primeiras expressões constam no voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 347 que declarou o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, embora não tenha extraído consequências substantivas de tal declaração. A última formulação aparece no documento “Modelo de Gestão para a Política Prisional”. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Modelo de gestão para a política prisional*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/copy_of_ModelodeGestao_documentofinal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

de políticas públicas voltadas a conter o superencarceramento e a induzir mudanças profundas no modo como lidamos com situações consideradas problemáticas.

Nosso problema de pesquisa começa com a Lei 11.343/2006 (em diante Lei de Drogas) que, entre diversas alterações para o quadro normativo brasileiro, criou uma causa de diminuição de pena para o crime de tráfico. Até então, uma pessoa condenada por tráfico receberia uma pena de 3 a 15 anos, quaisquer que fossem as circunstâncias do crime ou da pessoa. Com a nova lei, a pena mínima do tráfico foi elevada para 5 anos e acrescentada a possibilidade de redução de 1/6 a 2/3 quando a pessoa condenada for “primária”, de “bons antecedentes”, que “não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa” (art. 33, § 4o da Lei de Drogas). A figura passou a ser conhecida como “tráfico privilegiado” ou “pequeno traficante”. Isso significa que, nessas circunstâncias, a pena mínima de tráfico, elevada em 2006 para 5 anos de reclusão, poderá ser reduzida para um montante entre 1 ano e 8 meses (em caso de redução máxima de 2/3) e 4 anos e 2 meses (no caso de redução mínima de 1/6). Ao prever a redução, a lei também proibiu expressamente a conversão da pena de prisão em restritiva de direitos — o que seria possível diante dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, quando a redução não se der no mínimo (1/6): pena aplicada não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e, a ser avaliada no caso concreto, a “suficiência” da substituição mediante exame sobre a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

A proibição de substituição das penas de reclusão por tráfico privilegiado em penas restritivas de direitos foi questionada no Supremo Tribunal Federal que, em 01.09.2010, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação (HC 97.256/RS)³. E, tal como determina o art. 52, X da Constituição Federal, diante da declaração de inconstitucionalidade, o Senado Federal emitiu a Resolução no 5 em 15.02.2012, suspendendo os efeitos da expressão “vedada a conversão em restritivas de direitos” do art. 33, § 4º. Em outras palavras, buscando-se a Lei de Drogas no site do Planalto, a expressão declarada inconstitucional encontra-se tachada: a proibição de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito não integra mais o ordenamento jurídico⁴.

Mas e os tribunais? Como receberam e se posicionaram diante dessas alterações jurisprudenciais e normativas? É possível observar que, desde 2012, quando o Senado suspendeu os efeitos da proibição, tribunais estaduais continuaram a não conceder a substituição, pelos mais diversos motivos. A identificar e a sistematizar esses motivos que se dedica este trabalho, em particular, no Tribunal de Justiça de São Paulo⁵. O envio à prisão de pessoas condenadas por tráfico — primárias, de bons antecedentes etc. — a penas inferiores a 4 anos continua ocorrendo, em que pese a decisão do STF e a resolução do Senado. Essa constatação empírica funciona, para os propósitos desse texto, como ponto de partida e não de chegada. Compartilhamos aqui de um modo de observar o funcionamento do sistema de justiça criminal que percebe a lei penal como um instrumento, entre outros, que pode orientar a ação judiciária, mas não pode determiná-la.

Como se verá a seguir, na seção dedicada à descrição do desenho da pesquisa, importa-nos menos apontar ou denunciar a cisão entre a lei e a atividade jurisdicional e mais compreender o modo como a lei e outros fatores são mobilizados no processo decisório. Para tanto, desenhamos uma estratégia de coleta e análise de acórdãos do TJSP que nos permitisse acesso às justificativas utilizadas em diferentes momentos do percurso

3 A inconstitucionalidade foi declarada por seis votos contra quatro. O bloco vencedor foi composto por Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello. O bloco derrotado foi composto por Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. HC 97256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010 e publicado em 15/12/2010.

4 Como veremos a seguir, a proibição da conversão estava originalmente prevista em dois artigos da Lei de Drogas - o art. 33, § 4º e o art. 44. Ambos dispositivos foram expressamente indicados na declaração de inconstitucionalidade. No entanto, a resolução do Senado mencionou apenas o art. 33 § 4º, gerando, para alguns, dúvidas sobre a vigência do art. 44.

5 Apesar do foco no TJSP, buscamos saber como outros tribunais estaduais lidaram com essas alterações. Em breve levantamento nos respectivos sites, encontramos argumentos semelhantes aos coletados em São Paulo, o que nos sugere a pertinência de replicar pesquisas desse tipo em outros tribunais.

de criação e recriação (legislativa e judicial) da possibilidade de aplicação de penas alternativas aos pequenos traficantes (2.1). Elegemos, também, um quadro teórico que favoreça a observação das tensões que se estabelecem entre os diferentes fatores mobilizados pelos atores jurisdicionais no processo decisório e, ao mesmo tempo, valorize nosso material empírico: os argumentos utilizados pelo TJSP (2.2.). Em seguida, apresentamos os resultados da análise sob a forma de uma tipologia dos argumentos utilizados tanto para negar a substituição por penas restritivas de direitos, muito mais frequente em nosso material empírico, quanto para conceder (3.1 e 3.2.). Encerramos essa seção apresentando um balanço da argumentação do TJSP à luz do quadro teórico que escolhemos trabalhar aqui (3.3.). Por fim, formulamos algumas hipóteses explicativas e algumas questões para novas pesquisas (4.)

2. O “MÉTODO DE TRABALHO”

O criminólogo belga Dan Kaminski, em seu belo livro *Condenar: uma análise das práticas penais*, ao descrever o alcance crítico de seu trabalho, chama nossa atenção para os benefícios teóricos, empíricos e mesmo políticos de se tomar distância do que ele denomina “sociologia do descompasso” (*sociologie de l'écart*, no original). De acordo com o autor,

[e]xilando-se sobre os comportamentos problemáticos — desviantes — dos policiais, dos juízes ou dos administradores, a crítica ‘clássica’ focaliza-se, de um lado, sobre os descompassos entre a lei e as práticas e, de outro, entre as práticas e os discursos. A observação desses dois tipos de descompassos [...] cai na gaiola da racionalidade jurídica ao não reconhecer a autonomia dos objetos sobre os quais recai a observação.⁶ (Tradução nossa)

Essa passagem, que sintetiza dezenas de páginas de cuidadosa elaboração teórica e ilustrações, oferece um tipo de abordagem para nos lançarmos sobre a observação do sistema de justiça criminal e também nos faz um convite. Um convite particularmente difícil de aceitar quando nos deixamos afetar, de modo profundo, pelos níveis insuportáveis de violência praticados pelo sistema de justiça criminal brasileiro. Trata-se de um convite a resistir ao desejo de conduzir uma pesquisa para avaliar, negativamente, a atuação dos tribunais e para dizer como eles deveriam decidir. O que não significa dizer que essas tarefas não tenham que ser realizadas, e com urgência, pela esfera pública (especializada ou não no direito). Mas significa dizer que a presente pesquisa não foi concebida e desenvolvida com essa finalidade. O objetivo aqui é contribuir com uma agenda de pesquisa que pretende desvendar o papel do direito (normas jurídicas, processos decisórios e arranjos institucionais) em uma das faces mais perversas e visíveis da atuação do sistema de justiça criminal brasileiro: o superencarceramento.

Aceito o convite, como é o caso aqui, importa-nos extrair as implicações desse esforço de não cair na gaiola da racionalidade jurídica, tampouco da “sociologia do descompasso”. Nesse ponto, o autor oferece todo um arsenal de ferramentas para observar o sistema de justiça criminal resistindo aos enfoques avaliativos e normativos que costumam indicar que as decisões são disfuncionais, que a lei não está sendo aplicada como deveria, que as justificativas são insuficientes, e assim por diante. Foge aos propósitos desse texto apresentar, sistematicamente, o modo como compreendemos esse arsenal, mas, ainda assim, importa-nos destacar alguns de seus componentes que serão mobilizadas como chaves de análise nessa pesquisa. É o que faremos na próxima subseção. Antes, contudo, apresentaremos os objetivos específicos da pesquisa e o modo como ela foi concebida, construída e desenvolvida. Juntas, as duas subseções apresentam o “método de trabalho” adotado nessa pesquisa, expressão utilizada por Quivy e Campenhoudt para se referir não a uma “simples soma de técnicas”, mas ao “percurso global” de uma pesquisa “que exige ser reinventado a cada trabalho”.⁷

6 Todas as citações ao livro foram traduzidas livremente ao português. KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 27.

7 ¹² QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em ciências sociais*. Tradução de João Marques. Lisboa:

2.1. O desenho da pesquisa empírica: métodos de coleta e análise dos dados

Há inúmeras portas de entrada para uma pesquisa que busque desvendar o papel do direito (e não da política, dos meios de comunicação etc.) na engrenagem do superencarceramento brasileiro. Uma delas, que privilegiamos aqui, diz respeito aos arranjos normativos e jurisdicionais que bloqueiam a utilização de sanções não prisionais (ou privilegiam, fortemente, a pena privativa de liberdade, o que dá na mesma).

Esses arranjos podem ser observados a partir de diversas modalidades de normas de comportamento (crimes) ou, ainda, de normas de sanção específicas. Aqui, selecionamos uma norma de sanção (uma causa de diminuição de pena) incidente sobre o tráfico de drogas que, como mencionamos na introdução, integra o conjunto de crimes pelos quais responde uma parcela muito significativa da população prisional brasileira. Diante desse objetivo geral, estabelecemos como objetivo específico sistematizar os argumentos utilizados pelo TJSP em decisões condenatórias por tráfico de drogas em que se discutiu tanto a redução da pena quanto sua substituição por penas restritivas de direitos.

Interessava-nos, particularmente, os casos em que o tribunal considerou adequada a diminuição da pena por julgar tratar-se de “tráfico privilegiado” mas, ainda assim, não permitiu a substituição.⁸ Em face disso, perguntávamos: quais os motivos mobilizados para bloquear o uso de uma sanção não prisional a uma pessoa primária, considerada “de bons antecedentes, [que] não se dedique “a atividades criminosas nem integre organização criminosa” (art. 44, § 4º) e condenada a uma pena de prisão inferior a 4 anos? E, particularmente: esses motivos se alteraram no decorrer das sucessivas modificações jurisdicionais (declaração de inconstitucionalidade) e legislativas (suspensão dos efeitos da vedação) que o dispositivo normativo sofreu desde a entrada em vigor da lei?

Ao formularmos a pergunta dessa maneira, a primeira grande característica de nosso método de trabalho já se definia: perguntar sobre motivação é favorecer as letras (o qualitativo) em detrimento dos números (o quantitativo)⁹. Resistimos, portanto, à tentação (forte) de realizar uma pesquisa para descobrir o percentual de decisões que determina a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos aos pequenos traficantes. Quantificar os resultados das decisões e a frequência dos argumentos exigiria a construção de uma amostra muito diferente da que fizemos aqui. Mas isso não significa que não possamos, com a nossa amostra, nos pronunciar sobre o uso intenso ou pontual de determinados argumentos, ou ainda, falar em termos de “ordem de grandeza” sobre as decisões tomadas pelo tribunal.¹⁰

Tal como formulada a pergunta de pesquisa, seria possível eleger, como suporte de nossa observação empírica, diferentes documentos produzidos no decorrer do percurso jurisdicional: sentenças, acórdãos de segunda instância ou dos tribunais superiores. A escolha pelo TJSP ocorreu por diversas razões. Em primeiro lugar, a pergunta de pesquisa convida a observar um período de tempo mais extenso, apto a cobrir o período de disputa entre Legislativo e Judiciário sobre a proibição de penas alternativas ao pequeno traficante. Diante disso, as sentenças condenatórias — que seriam, ao menos em tese, o material mais rico para análise de motivação em matéria de determinação de pena — foram descartadas diante da dificuldade de acesso aos bancos de dados de primeira instância¹¹. Em segundo lugar, a pergunta de pesquisa, ao lançar-se a rea-

Gradivas, 1992. p. 13.

8 ¹³ Por razões de espaço e tempo, deixaremos para um segundo artigo a apresentação dos resultados referentes aos motivos mobilizados pelo tribunal para aplicar ou não a causa de diminuição. Há uma discussão que nos interessa particularmente nesse material que diz respeito ao modo como o tribunal justifica a escolha da quantidade de redução (entre 1/6 e 2/3) que merece ser tratada em texto próprio.

9 Sobre essa distinção, ver PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211.

10 A “pesquisa qualitativa não pode [...] descrever quantitativamente um fenômeno [...]”, o que “não quer dizer que o pesquisador qualitativo não pode estimar, qualitativamente, ordens de grandeza, de intensidade, de distribuição, de tipicidade, etc.”. PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 191.

11 Não conhecemos pesquisas que tenham sistematizado, no contexto nacional, as possibilidades e os percalços do acesso aos

lizar um mapeamento de argumentos, convida a utilizar estratégias amostrais que envolvem a diversificação interna de casos, no interior de um grupo específico, conforme detalharemos a seguir. Diante disso, o mais interessante para os nossos propósitos seria a escolha de um único tribunal. Ainda assim, um dos TRFs, o STJ e o próprio STF (em face das divergências entre as turmas antes da declaração de inconstitucionalidade) também poderiam fornecer material empírico de grande interesse para responder à pergunta de pesquisa. Em terceiro lugar, pareceu-nos relevante eleger o TJSP para seguirmos explorando a hipótese, já lançada em outras pesquisas, de que esse tribunal exerce papel relevante nos processos decisórios geradores do superencarceramento e de outras perversidades e violências do nosso sistema de justiça¹².

Essas razões, ao final, preponderaram sobre a baixíssima qualidade do motor de busca do TJSP, as incertezas sobre os processos de alimentação do banco, os resultados conflitantes que alcançamos em algumas situações por intermédio das mesmas palavras-chave, entre outros fatores, digamos “operacionais”, que fazem da pesquisa de jurisprudência no site do TJSP uma tarefa que exige muito mais tempo — e paciência — do que a pesquisa jurisprudencial realizada em outros tribunais.

Com a pergunta de pesquisa e a definição de nosso material empírico (as decisões do TJSP), passamos ao que consideramos ser a parte mais difícil e delicada desse tipo de pesquisa: a construção da amostra.

2.1.1. Quantos e quais acórdãos? A construção da amostra

Apresentamos a seguir o modo como selecionamos os 266 acórdãos que compuseram o corpo empírico dessa pesquisa¹³. Partimos de nossa pergunta para identificar quais as palavras-chave deveríamos utilizar no motor de busca do TJSP. Após uma série de testes, selecionamos: “tráfico de drogas”, “causa de diminuição de pena” e “restritivas de direitos”. Essas palavras ainda nos davam acesso a um número imenso de casos.¹⁴

Como segundo passo, buscamos definir um critério temporal. Diante de nosso interesse por observar o impacto da disputa entre o Legislativo e o Judiciário, sabíamos, de saída, que nossa amostra precisaria alcançar (i) período anterior à decisão do STF; (ii) período posterior a essa decisão, mas anterior à Resolução do Senado; (iii) período posterior à Resolução. Estudar todo o período de vigência da Lei ou, ao menos, desde período anterior à decisão do STF até o ano de 2017 quando realizamos a pesquisa, pareceu-nos impraticável, diante não somente do volume de decisões, mas também dos limites de tempo e recursos humanos que tínhamos.

Se nosso interesse estava nos argumentos mobilizados pelo tribunal, consideramos que a variável “época do ano” em que o julgamento foi realizado seria neutra, isto é, não tínhamos razão para acreditar que o tribunal motiva diferentemente suas decisões em fevereiro ou outubro. Consideramos também que doze meses constituíram tempo suficiente para presumirmos que uma determinada alteração legislativa ou jurisprudencial pudesse ser internalizada, por assim dizer, nos processos decisórios do TJSP. Desse modo, definimos o mês de setembro de 2011 (um ano após a decisão do STF) e de 2009 (um ano antes dessa decisão), como meses de referência para a coleta das amostras referentes aos dois primeiros períodos. Para o terceiro período, mantivemos o mês de setembro, mas de 2013, portanto, um ano e alguns meses após a Resolução do Senado. Para que tivéssemos também acesso aos argumentos utilizados mais recentemente, inserimos

bancos eletrônicos de sentença. De todo modo, em São Paulo, o início da alimentação do banco de sentenças ocorreu apenas em 2015, o que impossibilita a pesquisa no marco temporal proposto aqui.

12 Ver, por exemplo, os resultados das pesquisas sobre a atuação do TJSP nos processos criminais sobre o Massacre do Carandiru, nas ações de indenização dos familiares das vítimas e, ainda, no julgamento de recursos em ações civis públicas relacionadas à superpopulação dos presídios paulistas. MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta (Org.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2015.

13 Por razões de espaço — e apesar de nos parecer valioso para pesquisas futuras sobre o TJSP —, deixamos de relatar as idas e vindas, os ajustes e as correções que fizemos ao longo do processo de construção da amostra.

14 Apenas para ilustrar, acionamos o motor de busca no decorrer da finalização deste artigo e, com as três palavras-chave selecionadas, entre aspas, e sem restrição temporal, retornaram quase trinta mil resultados.

uma quarta amostra (iv) no último mês da etapa de coleta da pesquisa que correspondeu a maio de 2017. Essa última amostra nos deu acesso, também, aos argumentos utilizados pelo TJSP após a decisão do STF que afasta o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado (HC 118.533/MS)¹⁵ e gera o cancelamento da Súmula 512 do STJ — aprovada em junho de 2014 — que previa, justamente, que a causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º “não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

O número de resultados que retornaram, com as mesmas palavras-chave, nos meses de referência, aumentou, vertiginosamente, nos períodos referentes às amostras 3 e 4. Em razão da ausência de informações disponibilizadas pelo TJSP sobre seu próprio banco, não sabemos dizer se isso se deve ao aumento do número de recursos ao tribunal versando sobre essa questão ou a modificações na forma de alimentação do banco, ou a ambos. Desse modo, optamos por considerar todos os acórdãos encontrados no período correspondente às amostras 1 e 2 e, no tocante às amostras 3 e 4, utilizamos o princípio da diversificação interna (intragrupo) para orientar a seleção de casos em cada um dos meses de referência.

De acordo com Pires, o princípio da diversificação constitui o principal critério de seleção de amostras qualitativas envolvendo casos múltiplos. O objetivo aqui é fornecer

[...] o *panorama mais completo possível* dos problemas ou situações, uma *visão de conjunto*, ou ainda um *retrato global* de um problema de pesquisa. Daí, portanto, a ideia de diversificar os casos, de modo a incluir a maior variedade possível, independentemente de sua frequência estatística.¹⁶

Na formulação de Pires, esse princípio pode assumir duas formas: a diversificação externa ou a diversificação interna. Ilustrando essas possibilidades a partir de nosso problema de pesquisa, é possível dizer que, se adotássemos a diversificação externa, comporíamos uma amostra envolvendo diferentes tribunais estaduais e federais, para produzir um retrato global dos argumentos utilizados, por esses diferentes grupos, no tocante a nossa questão. Tratar-se-ia, neste artigo, de fornecer um retrato global de um grupo heterogêneo que, ademais, favorece o contraste ou a comparação entre os argumentos utilizados pelos diferentes grupos.

Em razão de nosso interesse pelo TJSP, explicitado acima, optamos por adotar o critério da diversificação interna, promovendo, assim, “um estudo em profundidade de um grupo restrito” (o TJSP). Ao utilizar esse critério, parte-se de um grupo homogêneo (apenas acórdãos do TJSP) para, em seguida, selecionar os casos mais diversos em seu interior “a fim de maximizar a análise extensiva do grupo escolhido”¹⁷.

Como nossa pesquisa recai sobre os argumentos mobilizados pelo TJSP, consideramos que a variável específica mais relevante para diversificar internamente nossa amostra é, justamente, a relatoria do acórdão. Desse modo, em relação ao total de acórdãos que retornaram em cada mês de referência (260 na amostra 3 e 587 na amostra 4), selecionamos casos de todas as 16 Câmaras Criminais e, em cada uma delas, garantimos, ao menos, um acórdão de cada relatora ou relator. Com esse procedimento amostral, obtivemos 56 acórdãos na amostra 3 e 81 na amostra 4.

A diversificação pela relatoria do acórdão fez saltar aos olhos o baixíssimo percentual de desembargadoras atuando no TJSP. Considerando que algumas se repetiram nas diferentes amostras, somente seis desembargadoras relataram acórdãos selecionados em nossa pesquisa.¹⁸

15 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas corpus. *HC 118533 / MS*. Plenário do Superior Tribunal Federal. Pacte.(s): Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Pacte.(s): Robinson Roberto Ortega; Impte.(s): Defensoria Pública da União; Proc.(a/s)(es): defensor público-geral federal; Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

16 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In : POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 196 (grifo do autor).

17 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In : POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 200.

18 Em 07 de fevereiro de 2018, a seção criminal do TJSP contava com 79 membros, dentre os quais há 4 mulheres. No decorrer desse texto, utilizaremos o masculino para fazer referência aos relatores, lembrando sempre que há mulheres, mas muito poucas. E, com o mesmo critério, utilizaremos o feminino para fazer referência à nossa equipe de pesquisa. A composição da seção criminal do TJSP pode ser consultada. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça Estado de São Paulo. *Composição magistrados ordem antiguidade*.

O quadro abaixo resume as informações sobre as quatro amostras.

Quadro 1

Amostra 1	Amostra 2	Amostra 3	Amostra 4
2009 antes da decisão do STF	2011 depois da decisão do STF (HC 97.256/RS) e antes da Resolução do Senado	2013 depois da Resolução do Senado	2017 após a decisão do STF que afasta o caráter hediondo do tráfico privilegiado (HC 118.533/MS)
Todos os acórdãos do mês de setembro	Todos os acórdãos do mês de setembro	Selecionados, em cada Câmara, acórdãos de todos os relatores, a partir da totalidade de acórdãos do mês de setembro (260)	Selecionados, em cada Câmara, acórdãos de todos os relatores, a partir da totalidade de acórdãos do mês de maio (587)
43 acórdãos	86 acórdãos	56 acórdãos	81 acórdãos
27 relatorias (2 mulheres)	46 relatorias (nenhuma mulher)	54 relatorias (3 mulheres)	80 relatorias (4 mulheres)
Todas as Câmaras	Todas as Câmaras	Todas as Câmaras	Todas as Câmaras

Essa estratégia buscou, enfim, maximizar a diversificação interna de nossa amostra favorecendo, desse modo, a possibilidade de avaliá-la, metodologicamente, com base no critério da saturação.

A saturação, observa Pires,

cumprindo **duas funções** capitais: de um ponto de vista **operacional**, ela indica em qual momento o pesquisador deve parar a coleta dos dados, evitando-lhe, assim, um desperdício inútil de provas, tempo e dinheiro; de um ponto de vista metodológico, ela permite generalizar os resultados para o conjunto do universo de análise (**população**) ao qual o grupo analisado pertence (generalização empírico-analítica).¹⁹

No âmbito de nossa pesquisa, considerar que, com os 266 acórdãos coletados, **saturamos** os argumentos mobilizados pelo TJSP no tocante ao nosso problema, traz duas implicações importantes: permite-nos afirmar que a coleta de outros acórdãos — em outros meses de referência ou outras decisões de um mesmo desembargador — não levaria à descoberta de novos argumentos e, ao mesmo tempo, permite-nos afirmar que os argumentos encontrados nas 4 amostras retratam não apenas as 266 decisões analisadas, mas o conjunto de decisões do TJSP no tocante ao nosso problema. Mas o que precisamos observar em nosso material para nos convenceremos de que a saturação ocorreu? Em nosso caso, a reflexão sobre a possibilidade da saturação esteve presente no decorrer das sucessivas análises de cada uma das amostras, conforme relatado a seguir, e só se concluiu na redação do presente texto.

2.1.2. E o que fazer com o material? Tratamento e análise dos dados

Por suas implicações metodológicas fortes, a saturação constitui um critério bastante exigente. Ainda assim, Alvaro Pires enfatiza que não devemos pedir a ela “o que nenhuma pesquisa pode fazer: dar conta do

Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoCriminal/SecaoDireitoCriminal/ComposicaoMagistradosOrdemAntiguidade>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

19 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 198 (grifo do autor).

real em sua totalidade”²⁰. No decorrer do tratamento e da análise dos acórdãos, dois fatores contribuíram para nos convencerem da saturação: a repetição de argumentos no interior das categorias criadas em cada amostra e a repetição de categorias nas sucessivas amostras. Apresentaremos essa estratégia de tratamento e análise a seguir. No decorrer da redação desse texto, contribuiu ao nosso convencimento também a leitura de outros documentos — jurisdicionais e doutrinários — que também indicavam certa exaustão dos argumentos que encontramos nos acórdãos analisados.

Trabalhamos de modo separado e sucessivo cada uma das quatro amostras²¹. Após o download dos acórdãos selecionados para cada período, procedemos à leitura e à transcrição, para arquivos de Word, dos trechos dos acórdãos que traziam os argumentos utilizados para (i) conceder (ou negar) a diminuição de pena e, uma vez admitida a redução, (ii) para conceder (ou negar) a substituição da pena de prisão pela pena restritiva de direitos. Muitas vezes a argumentação sobre essas duas decisões distintas — uma sobre a quantidade de pena e outra sobre a qualidade da pena — apareceram de modo conjugado. Diante de um longo documento com os trechos das decisões, cada um deles com indicações precisas sobre o acórdão respectivo, passamos ao processo de codificação, isto é, à criação de categorias aptas a reunir um determinado conjunto de motivos. No âmbito da “teorização fundamentada nos dados”, essa primeira etapa é denominada “codificação aberta”. Como observa Riccardo Cappi, “trata-se, nesta fase, de encontrar conceitos que sejam o quanto mais próximo possível aos dados empíricos”²².

Beneficiando-nos de uma equipe de quatro pesquisadoras, autoras desse texto, lançamo-nos a uma experiência de “codificação coletiva”: organizamos nossas tarefas de modo que o mesmo conjunto de trechos fosse codificado por duas pessoas diferentes e depois submetido a uma terceira que, comparando os códigos produzidos, identificasse divergências e convergências, sugerindo códigos de harmonização. Os resultados dessa operação eram, então, discutidos por toda a equipe.

O objetivo aqui foi, inicialmente, pedagógico. Isto é, atento à formação da equipe de pesquisa em uma estratégia metodológica nada familiar para juristas. Tratava-se de experimentar, intelectualmente, uma característica fundamental dessa estratégia: os códigos **não emergem** dos trechos analisados, não se trata de um processo de identificação. Muito diferentemente, um código **é atribuído** a um trecho, em função de uma operação interpretativa que se beneficia fortemente da formação, das leituras, das sensibilidades de cada pessoa. Essa característica do processo de codificação tornou-se bastante visível, por ter sido, digamos assim, vivida pela equipe.

Mas, para além do interesse pedagógico da experiência, com custo não desprezível em termos de tempo, a codificação coletiva exigiu, também, um esforço adicional da equipe para explicitar as razões pelas quais um determinado código parecia ser o mais apropriado para um ou mais trechos. Quando codificamos sozinhas, tendemos a não explicitar, para nós mesmas, nossas próprias razões, tampouco testar outras possibilidades de categorização para além daquela que atribuímos inicialmente. Essa foi a estratégia utilizada para as duas primeiras amostras que constituiu nossa entrada em campo. Permitiu que conhecêssemos as visões de cada uma de nós sobre nosso problema de pesquisa e também sobre a função jurisdicional e o direito de maneira geral e, ao mesmo tempo, permitiu que adensássemos as categorias que estavam sendo construídas.

O primeiro conjunto de códigos, referente à amostra de 2009, foi certamente o que tomou mais tempo e exigiu mais debates. Na amostra seguinte, já tínhamos em conta a codificação anterior, é claro, mas novos

20 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 198.

21 Diferentemente de outras pesquisas desenvolvidas por uma das autoras desse texto, na presente pesquisa não fizemos uso de software de tratamento qualitativo de dados. E por uma razão puramente operacional: não obtivemos a licença para usuários múltiplos em tempo. O que não obstruiu a conclusão da pesquisa, como se vê, mas certamente teria trazido aportes relevantes em termos de tempo para a organização do material, a harmonização e a contagem dos códigos produzidos.

22 CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Maira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 406. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

códigos foram criados justamente em razão da declaração de inconstitucionalidade do STF. Concluída a codificação das duas primeiras amostras, quase metade de nosso material, e nos sentindo mais seguras em relação ao processo, optamos por codificar as duas últimas amostras sem essa triangulação. Assim, para as amostras 3 e 4, a criação dos novos códigos ou a atribuição dos códigos já existentes aos novos trechos foi realizada por apenas uma pesquisadora e os resultados — e as muitas dúvidas — debatidas pela equipe.

A etapa de codificação aberta resultou na atribuição de 133 códigos aos 266 acórdãos analisados. O número de códigos cresceu exponencialmente nas três primeiras amostras — 10 em 2009, 29 em 2011, 52 em 2013 — e sofreu uma pequena redução em 2017, alcançando 42. Mantivemos, para cada código, a informação sobre o número de vezes que apareceu, em cada amostra. O que nos permitiu, como se verá, fazer inferências sobre o aumento ou a diminuição no uso de determinados argumentos diante das alterações que cada amostra buscou captar.

Com base nesse conjunto, passamos à “codificação axial” que nos convida a comparar “as categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como de suas propriedades e dimensões, para começar a elaborar uma articulação teórica entre elas”.²³ Com esse procedimento, propusemos quatro grandes categorias, que nos pareceram centrais para a compreensão dos argumentos utilizados pelo TJSP para conceder ou negar penas alternativas aos pequenos traficantes.

Uma vez reunidos os códigos ao redor dessas quatro grandes categorias, foi possível fazer uma leitura horizontal, isto é, comparar os códigos, no interior de uma categoria, nas quatro amostras. A próxima seção apresentará as grandes categorias, bem como os códigos que as compõem (3.1). E apresentará, também, os resultados da última etapa de codificação, denominada “codificação seletiva”. Trata-se aqui de esboçar uma “narrativa central” que funcione como “pivô ao redor do qual todas as categorias giram”²⁴. Nessa pesquisa, trata-se, em particular, de propor uma resposta para a pergunta que dirigimos ao nosso campo empírico sobre o modo como os argumentos mobilizados pelo TJSP se alteraram (ou não) no decorrer das modificações jurisdicionais (declaração de inconstitucionalidade pelo STF) e legislativas (suspensão dos efeitos pelo Senado).

Até esse momento, essa pesquisa pode ser considerada “prevalentemente indutiva”, isto é, partimos de um determinado material empírico para gerar hipóteses e afirmações sobre o modo como o TJSP justifica a aplicação (ou não) de penas alternativas às pessoas condenadas por tráfico privilegiado. Concluída essa etapa, pareceu-nos interessante, também, refletir sobre esses resultados com as lentes propostas por Dan Kaminski para observar o funcionamento do sistema de justiça criminal. Nosso interesse foi verificar a possibilidade de produzir uma nova leitura de nosso material empírico a partir das formulações do autor sobre as práticas penais como arenas de tensão entre normatividades. Para realizar esse exercício, passamos a operar de modo “prevalentemente dedutivo”, pois partimos das formulações teóricas de Kaminski para observar nosso material²⁵. Apresentamos a seguir, para concluir essa seção sobre nosso “método de trabalho”, as chaves de leitura que, além de explicitamente utilizadas na seção final deste texto, revelam o modo como compreendemos e abordamos nosso objeto de pesquisa.

23 CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 407. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

24 CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 407. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

25 Sobre as pesquisas prevalentemente dedutivas e indutivas, CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 396-397. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

2.2. Chaves de leitura: tensão entre normatividades

Kaminski concebe o direito penal “como um instrumento jurídico de uma política pública”²⁶. Ao tomá-lo dessa forma, e não somente como um conjunto de normas, as práticas penais podem ser observadas “sem pressupormos que elas são juridicamente definidas”, o que permite nos darmos conta

[...] do pluralismo de normatividades, frequentemente conflituosas, no funcionamento das polícias, dos tribunais e dos órgãos de execução de penas. São, então, as tensões entre as normatividades que se tornam objeto da análise, mais do que a tensão entre práticas e direito que sempre nos enviam em direção a uma análise normativa das práticas, expressa em termos de descompassos, de disfunções [...].²⁷

O autor organiza essas normatividades ao redor de três registros — a instituição, a organização e a profissão — ao qual acrescenta ainda, em caráter residual, a situação²⁸.

A instituição é caracterizada por Kaminski como o conjunto de “leis, valores e símbolos capazes de orientar as práticas sociais e ‘forçar o respeito’”.²⁹ O autor oferece uma série de exemplos de práticas penais que não podem ser explicadas por esse registro, ainda que possam ser “justificadas” de algum modo pela lei. Voltaremos a esse ponto na análise do nosso material empírico, mas nesse momento importa registrar que, justamente, diante da existência de diversos fatores extralegais que participam da atuação do sistema de justiça criminal, outros registros de normatividades podem ser convocados.

O registro organizacional, por sua vez, compreende as normas organizacionais que “regem as práticas penais, operacionalizando a instituição, dando sua força pragmática ao dotar os atores de estruturas hierárquicas, de modalidades de divisão de trabalho e de exigências de *management*”.³⁰ Nesse registro estão as normas que “repartem e organizam tarefas”, estabelecem mecanismos de controle no tocante aos “espaços de trabalho, aos horários, aos modos de comunicação”, bem como, mais recentemente, as normas que dizem respeito às demandas de “produtividade do aparelho de justiça” e a “definição de processos uniformizados e de seu controle informatizado”³¹.

No entanto, prossegue Kaminski, práticas penais muitas vezes podem estar sob tímido controle de normas institucionais e organizacionais. Aponta o autor que

[...] numerosas tarefas dos agentes da justiça penal mostram-se repetitivas, reproduzíveis e previsíveis, em razão de uma estruturação (que pode escapar à instituição e à organização) que será qualificada como profissional porque a prática emerge da rotina, produzida pela socialização profissional [...].³²

O autor passa, então, a explorar uma série de situações nas quais os três registros podem ser observados como em tensão, em conflito, em contradição. Voltaremos a esse ponto na análise do material.

O último registro que nos pareceu potente, mas de difícil operacionalização no contexto dessa pesquisa, refere-se às práticas nas quais “a situação contém sua própria normatividade”: “uma situação inédita que leva ao desenvolvimento de uma prática que, ainda que informada e normatizada pela instituição, pela organização e pela profissão, seja original”.³³ Para o autor, esses casos costumam ser reveladores de contradições entre os três registros normativos apresentados acima. E, tomados desse modo, o autor os concebe de duas formas: as “margens de manobra” e a “astúcia”.

26 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 119.

27 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 120.

28 Para a caracterização desses registros de normatividade, Kaminski apoia-se em diversos autores. Não faremos menção direta a eles aqui, mas buscamos reproduzir as formulações tal como propostas por Kaminski. KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 170.

29 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 171.

30 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 174.

31 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 175.

32 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 175.

33 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 178.

Para Kaminski, a ideia de margem de manobra está associada à “inventividade das práticas em contexto de forte constrangimento”. Trata-se de descobrir modos de se colocar de forma “menos útil” ao serviço institucional ou organizacional que se é convidado a prestar”. O exemplo de Kaminski, para essa situação, refere-se ao juiz que, opondo-se tanto “às exigências de segurança pública quanto à tradição cultural” de sua esfera de atuação e utilizando o texto legal, consegue manter índices muito baixos de decretação de prisão preventiva. A margem de manobra, diferentemente do que Kaminski caracteriza como “astúcia”, opera no interior do “respeito à lei”³⁴.

A “astúcia”, por sua vez, é descrita como “próxima à transgressão” e diz respeito à

identificação de práticas que, sob constrangimento institucional e/ou organizacional, escolhem privilegiar as exigências de seu ofício ou as situações nas quais o profissional do sistema penal é confrontado **contra** as normas legais e técnicas que ele é chamado a respeitar, sem que com isso se coloque em dificuldades deontológicas ou disciplinares.³⁵

Essas chaves de análise foram mobilizadas após a coleta e o tratamento do material, de acordo com o percurso metodológico descrito acima. Diante dos resultados que apresentamos a seguir, passamos a nos indagar sobre as possibilidades analíticas dessas chaves. Como costuma acontecer, essas indagações se lançaram tanto ao material empírico quanto às formulações teóricas de Kaminski. Os resultados desse exercício são apresentados ao final da próxima seção.

3. PENAS ALTERNATIVAS A PEQUENOS TRAFICANTES NA ARGUMENTAÇÃO DO TJSP

O método de trabalho relatado acima permitiu que realizássemos três tipos de análise de nosso material: uma narrativa sobre os tipos de argumento que envolvem os posicionamentos favoráveis e contrários à aplicação de penas restritivas de direitos às pessoas condenadas por tráfico privilegiado, já organizados em função das grandes categorias produzidas no decorrer do processo de codificação (3.1. e 3.2.) e uma narrativa sobre a “arena de disputas” que se forma, no TJSP, a respeito dessa questão (3.3.).

Para facilitar a visualização dessas narrativas, os quadros 2 e 3 sintetizam os principais códigos atribuídos ao material analisado neste artigo. Estes foram distribuídos, verticalmente, no tempo e, horizontalmente, em função das grandes categorias. Cada um dos códigos é seguido de um número entre parêntesis que indica a quantidade de aparições do código na amostra correspondente. A linha e a coluna em negrito, que dão título às células, informam entre parênteses a somatória correspondente. Os códigos menos frequentes, com uma única ou poucas aparições, serão mencionados somente no decorrer do texto ou em nota de rodapé.

A codificação axial nos permitiu organizar a argumentação do TJSP em torno de quatro grandes categorias: (i) aderir ou não aos precedentes³⁶ dos tribunais superiores; (ii) afirmar ou negar a aplicabilidade de normas; e emitir juízos (iii) sobre as penas (privativas de liberdade e restritivas de direitos); e emitir juízos (iv) sobre o tráfico, a figura do “traficante” e “as drogas”. Como se verá a seguir, essa última grande categoria não foi encontrada entre os argumentos favoráveis à substituição (quadro 2).

34 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 179.

35 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 180.

36 Em face dos objetivos e limites deste artigo, não faremos uma discussão sobre o significado e as implicações do uso do termo “precedente” para fazer referência às decisões dos tribunais superiores analisadas aqui. Sobre esse tema, ver VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. ?f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

3.1. A favor da substituição

Os argumentos favoráveis à substituição apoiam-se, fortemente, na jurisprudência dos tribunais superiores, particularmente do STF. Mesmo na amostra 1, anterior à declaração de inconstitucionalidade da vedação das penas alternativas, o único argumento favorável à substituição refere-se à decisão da segunda turma do STF, em 2009, que afirmava a possibilidade de réu condenado a pena de 2 anos e 3 meses de reclusão por tráfico privilegiado a receber pena restritiva de direitos³⁷. Após a declaração de inconstitucionalidade, em 2010, o HC 97.256/RS passa a ser o principal argumento utilizado para motivar a substituição³⁸. Aparecem, também, outras decisões do STF sobre individualização da pena³⁹, sobre a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório para crimes hediondos e equiparados⁴⁰ e, na amostra 4, sobre o caráter não hediondo do tráfico privilegiado⁴¹.

Quadro 2 – Argumentos favoráveis à substituição

	Amostra 1 (1)	Amostra 2 (25)	Amostra 3 (20)	Amostra 4 (19)
Tribunais Superiores (35)	- Adesão ao precedente do HC 98.769/SP (STF) (1)	- Adesão ao precedente HC 97.256/RS (STF) (12) - Adesão aos precedentes do STF sobre individualização da pena (2) - Adesão ao precedente HC 90.871/MG – Lei de Crimes Hediondos (STF) (1) - STJ permite a substituição (2)	- Adesão ao precedente HC 97.256/RS (STF) (4) - Adesão aos precedentes do STF sobre individualização da pena (2) - Adesão à jurisprudência do STF e do STJ sobre a possibilidade de afastar o regime inicial fechado em crimes hediondos e equiparados (2)	- Adesão ao precedente do STF HC 97.256/RS (STF) (5) - Adesão ao precedente HC 118.533/MS (STF) (4) - cancelamento da Súmula 512 do STJ (1)
Lei (13)		- Cumpre os requisitos do art. 33, p. 4 da Lei de Drogas (1)	- Cumpre os requisitos do art. 44, CP (5) - princípio constitucional da individualização da pena (2) - aplicação da resolução senatorial (1)	- aplicação da resolução senatorial (4)

37 STF, HC 98.769/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 26/05/2009.

38 Em algumas oportunidades, na amostra 4, foi citado também o Recurso Extraordinário com Agravo 663.261/SP, no qual foi reafirmado o entendimento do HC 97.256/RS, mas dessa vez com repercussão geral.

39 Na amostra 2: HC 106.313/MG e HC 107771/SP. E na amostra 3: HC 102678/MG.

40 STF, HC 90.871/MG.

41 STF, HC 118.533/MS.

	Amostra 1 (1)	Amostra 2 (25)	Amostra 3 (20)	Amostra 4 (19)
Adequação da pena (8)		- regime inicial fechado não é a única alternativa para reprovar a conduta ilícita do réu (3) - PRD é suficiente (1)	- PRD é suficiente (3)	PRD é suficiente (1)
Outros (6)		- sem fundamentação específica (2) - confissão do réu (1)	- sem fundamentação específica (1)	- sem fundamentação específica (2)

Fonte: Elaboração das autoras.

As decisões do STJ aparecem, marginalmente, no quadro de argumentos favoráveis à substituição. Até a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, havia forte divergência entre as turmas sobre a possibilidade de conversão⁴². Na amostra 3, decisões do STJ foram mencionadas juntamente a precedentes do STF sobre a possibilidade de afastar o inicial fechado em crimes hediondos e equiparados⁴³. Na amostra 4, por fim, aparece pontualmente o cancelamento da Súmula 512 do STJ que, editada em 2014, afirmava que a diminuição da pena em caso de tráfico privilegiado não afasta o caráter hediondo do crime — entendimento que foi derrubado pelo STF dois anos depois, no julgamento do HC 118.533/MS, gerando o cancelamento da Súmula pelo STJ (QO Pet. 11.790/DF).

É possível observar, também, que o TJSP, nos argumentos favoráveis à substituição, não se lança a disputar a interpretação da legislação. A lei aparece tão somente para afirmar o cumprimento dos requisitos do art. 33, par. 4º e, após a declaração de inconstitucionalidade da vedação (amostras 3 e 4) dos requisitos do art. 44 do Código Penal, e para fazer referência à própria resolução do Senado e à norma constitucional que prevê a individualização da pena. A argumentação sobre a adequação da pena restritiva de direitos — ou seu inverso, inadequação do regime fechado — também aparece, escassamente, em nosso material. Quando argumentos desse tipo foram mobilizados, referem-se ao caráter excessivo e desproporcional da pena de prisão, bem como ao fato de a prisão não ser a “única a cumprir sua função social de prevenir, retribuir e ressocializar o sentenciado”.⁴⁴

Registramos, por fim, entre os códigos que não integraram as quatro grandes categorias, as situações nas quais a substituição foi admitida, mas sem fundamentação específica (amostras 2, 3 e 4) e o argumento da

42 Nas amostras 2 e 3, as decisões do STJ, favoráveis à substituição, foram as seguintes: HC 32.498/RS, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 17/12/2004, p. 597; HC 176.919/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 13/12/2010; HC 106.296/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010; HC 143.319/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 04/04/2011; HC 196.199/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011.

43 STF HC 101.291/SP Rel. Min. Eros Grau; STJ HC 154.570 Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; STF, HC 111.840/ES e STJ, HC 165.787/SP (esse último sobre homicídio qualificado).

44 “As penas restritivas de direitos são, em essência, opção aos efeitos deletérios e onerosos do cárcere. Não à toa, foram denominadas penas alternativas, uma vez que operam como substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. Nesse contexto, anoto que a sanção privativa de liberdade não é a única a cumprir sua função social, de prevenir, retribuir e ressocializar o sentenciado.” (TJSP; Apelação 0002939-21.2015.8.26.0456; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pirapozinho - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 04/05/2017; Data de Registro: 27/06/2017). E, ainda: “diante da possibilidade de imposição de pena diminuída, evidente que tanto a fixação do regime inicialmente fechado como a impossibilidade de conversão em sanção alternativa podem se tornar medidas excessivas e desproporcionais em relação ao crime de tráfico, sendo cabível a substituição da reclusiva por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a serem especificadas na fase de execução da pena.” (TJSP; Apelação 0050262-52.2010.8.26.0050; Relator (a): Márcio Bartoli; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/09/2011; Data de Registro: 23/09/2011).

confissão. Nessa última decisão, o TJSP valora, positivamente, a confissão do réu para a prestação jurisdicional e considera que a confissão deve repercutir no momento da decisão sobre a substituição.⁴⁵

3.2. Contra a substituição

Os argumentos contrários à substituição são muito mais frequentes e diversificados em nossa amostra. A diversificação argumentativa mostra-se particularmente intensa na amostra 3, após a resolução do senado que suspende os efeitos da vedação às penas alternativas. Como se vê no quadro 3, o foco da argumentação gravita em torno da lei, de juízos sobre a desvalorização das penas alternativas e a valorização da pena de prisão (em especial, do regime fechado) e sobre uma certa visão do tráfico, do traficante e das drogas. Apresentaremos o resultado da codificação por grande categoria, a seguir, tal como fizemos com os argumentos favoráveis à substituição. Para favorecer a leitura visual da tabela, excluimos a linha “outros” e, em alguns casos, deixamos de inserir os códigos com poucas aparições — ainda que tenham sido mantidos nas somatórias verticais e horizontais. Em ambos os casos, os códigos extraídos do quadro serão mencionados no decorrer do texto e em nota de rodapé.

Quadro 3 – Argumentos contrários à substituição

	Amostra 1 (51)	Amostra 2 (153)	Amostra 3 (164)	Amostra 4 (151)
Tribunais Superiores (27)		- Precedente HC 97.256/RS (STF) não é vinculante (11) - Decisão do STF no HC 97.256/RS não foi unânime (3) - gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 97.256/RS (2)	- Precedente HC 97.256/RS (STF) não é vinculante (2) - gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 111.840/ES (3)	- Precedente HC 118.533/MS (STF) não é vinculante (2) - gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 97.256/RS (3) - Decisão do STF no HC 97.256/RS não foi unânime (1)

45 “Cabível, no caso sob exame, a substituição da carcerária por penas alternativas. O paciente é primário, sem antecedentes, contava ao tempo com dezoito anos e é confesso. A confissão não vem merecendo, no direito pátrio, o devido valor. Simplifica o feito, facilita a missão dos operadores do direito, assegura a correção da prestação jurisdicional, é mostra de respeito à justiça e, por vezes, de arrependimento e intuito de regeneração. Tem que repercutir, portanto, no momento de fixação da pena e concessão de benefício.” Apelação n.º 0044475-13.2010.8.26.0577, Relator (a): Eduardo Pereira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/09/2011; Data de Registro: 05/10/2011.

	Amostra 1 (51)	Amostra 2 (153)	Amostra 3 (164)	Amostra 4 (151)
Lei (193)	<ul style="list-style-type: none"> - vedação da lei de drogas (25) - vedação da lei de crimes hediondos (20) 	<ul style="list-style-type: none"> - vedação da lei de drogas (38) - vedação da lei de crimes hediondos (33) 	<ul style="list-style-type: none"> - ausentes os requisitos do art. 44, CP (14) - vedação da lei de crimes hediondos (9) - Resolução não afasta juiz natural (4) - vedação da lei de drogas (3) - Art. 44, Lei de Drogas permanece em vigor (2) 	<ul style="list-style-type: none"> - ausentes os requisitos do art. 44, CP (37) - Art. 44, Lei de Drogas permanece em vigor (5) - vedação da lei de drogas (1) - vedação da lei de crimes hediondos (1) - Resolução não afasta juiz natural (1)
Adequação da pena (128)	<ul style="list-style-type: none"> - insuficiência das PRDs (3) 	<ul style="list-style-type: none"> - insuficiência das PRDs (12) - PRD incompatível com reprovação e prevenção do tráfico (6) - Regime fechado condiz com a gravidade dos fatos (2) - PRD destina-se aos crimes de menor potencial ofensivo (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - PRD incompatível com a reprovação e prevenção do tráfico (27) - Insuficiência das PRDs (9) - Regime fechado condiz com a gravidade dos fatos (10) - PRD gera sensação de impunidade ou incentiva reiteração criminosa (4) - PRD destina-se aos crimes de menor potencial ofensivo (2) 	<ul style="list-style-type: none"> - Insuficiência das PRDs (24) - Regime fechado condiz com a gravidade dos fatos (14) - PRD incompatível com a reprovação e prevenção do tráfico (8) - PRD destina-se aos crimes de menor potencial ofensivo (4) - PRD gera sensação de impunidade ou incentiva reiteração criminosa (2)
o tráfico/o traficante/as drogas (171)	<ul style="list-style-type: none"> - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (1) - natureza hedionda (1) - periculosidade /temibilidade /alta reprovabilidade da pessoa (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - natureza hedionda (27) - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (14) - periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa (3) - traficante deve ser retirado da sociedade para se recuperar (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (28) - natureza hedionda (23) - Quantidade/qualidade/diversidade de drogas (15) - periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa (8) - traficante deve ser retirado da sociedade para se recuperar (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (19) - natureza hedionda (12) - Quantidade/qualidade/diversidade de drogas (8) - periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa (8) - traficante deve ser retirado da sociedade para se recuperar (1)

Fonte: Elaboração das autoras.

Os argumentos do TJSP relacionados às decisões dos tribunais superiores foram os mais escassos e basicamente de dois tipos: desafiam a força normativa dos próprios precedentes do STF ou, reconhecendo-a, submetem os precedentes à “gravidade do crime”, “à política de combate ao tráfico de drogas conduzida pelo Estado”⁴⁶ ou ainda, “à lei”⁴⁷. Os questionamentos aos próprios precedentes afirmam a ausência de caráter vinculante das decisões (amostras 2, 3 e 4)⁴⁸, bem como apoiam-se na existência de votos divergentes no julgamento do HC 97.256/RS que declara a inconstitucionalidade da vedação (amostras 2 e 4). Entre os primeiros, vale destacar argumento que considera a não vinculação “salutar” pois evita a “estagnação intelectual”⁴⁹. De maneira residual, foram encontrados também argumentos baseados em decisões do STJ e na Súmula 719 do STF que autoriza regime mais gravoso desde que devidamente motivado⁵⁰.

É possível observar uma guinada na argumentação centrada na legislação. Até a resolução do Senado, dispositivos legais somente apareciam para afirmar a vedação, tanto da Lei de Drogas quanto da Lei de Crimes Hediondos (amostras 1 e 2)⁵¹. Embora esse tipo de argumento ainda apareça após 2010, a diversificação argumentativa pode ser observada em duas direções.

De um lado, estão os argumentos que, apoiados na legislação, lançam-se a verificar o preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP⁵² ou a afirmar que a resolução do Senado não afasta a garantia do juiz natural para decidir a questão⁵³ — de fato, afastada a proibição da conversão em penas alternativas, cabe ao juiz da causa decidir se é ou não aplicável ao caso concreto, com base no art. 44 do CP. De outro lado, estão os ar-

46 Amostra 3: “posicionamento do STF e do Senado sobre a substituição está em desacordo com a política de combate ao tráfico de drogas conduzida pelo Estado (1)”.

47 Amostra 2: “Lei de Drogas é especial e, por isso, sua constitucionalidade prevalece em relação à decisão do STF (3)” e “Decisão do STF só abrange casos anteriores à Lei n.º 11.464/07 (1)”. E amostra 3: “Decisão do STF e Resolução do Senado são irrelevantes para a fixação do regime prisional, em razão da vedação da lei de crimes hediondos (1)”. Vale destacar, em relação a esse último código, que o argumento aparece em acórdão posterior à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos (STF, HC 111.840/ES, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, publicado em 17/12/2013) e à Súmula Vinculante 26, aprovada em plenário em dezembro de 2009: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

48 Amostra 4, o questionamento do caráter vinculante aparece também em relação aos HC 111.840/SP (1) e HC 97.256/RS (1).

49 ⁵⁴ Amostra 4: “Não vinculação ao STF (HC 111.840/ES) é salutar” (1). Trecho na íntegra: “Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Contudo, como é notório, dito julgamento não tem efeito erga omnes, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática. E isso é, ao revés do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias, permitindo a criação e evolução jurídica no país.” (TJSP; Apelação 0001685-74.2015.8.26.0274; Relator (a): Fernando Torres Garcia; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/05/2017; Data de Registro: 22/05/2017)

50 ⁵⁵ Amostra 2: “STJ corrobora a constitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas (1)” e amostra 3: “Súmula 719, STF “(“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”, publicado em 13.10.2003).

51 Na amostra 2, entre os 38 argumentos sobre a vedação da Lei de Drogas, dois deles agregavam a incompatibilidade dessa lei com o sistema de penas alternativas previstos no CP. O fundamento utilizado, nesses dois casos, foi o art. 12 do CP que estabelece que as normas do Código “aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Isto é, havendo disciplina especial na lei de drogas sobre o cumprimento da sanção, a aplicação das penas alternativas previstas no Código seriam inviáveis.

52 Nas 14 menções, a esse dispositivo na amostra 3, 4 delas referiam-se ao Art. 44, I (pena não superior a 4 anos e não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa), 6 ao Art. 44, III (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente), 2 a ambos os incisos citados e outras 2 não indicavam o inciso. Na amostra 4, das 37 aparições desse código, 34 referiam-se ao inciso I e 3 inferimos tratar-se do inciso II uma vez que mencionavam explicitamente a reincidência.

53 Amostra 4: “Não era mesmo caso de substituição da pena corporal por alternativa. É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do artigo 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas; contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.” (TJSP; Apelação 0028441-26.2015.8.26.0564; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 15/05/2017).

gumentos que desafiam a mudança legislativa trazida pela Resolução do Senado, apoiando-se na “intenção” ou na “vontade” do legislador⁵⁴; na “legitimidade da política legislativa” que vedava a substituição⁵⁵, na interpretação conjunta de diversos dispositivos legais⁵⁶ ou nas “medidas severas exigidas por compromissos internacionais”⁵⁷. Por fim, chamou nossa atenção um argumento que aparece em 2013 e se fortalece em 2017: trata-se de afirmar que a resolução do Senado não menciona, expressamente, o artigo 44 da Lei de Drogas, que também veda a substituição, mas apenas o trecho do art. 33, par. 4º e, em virtude disso, o art. 44 permanece em vigor e com ele a vedação à substituição por penas restritivas de direitos.

Os argumentos baseados em juízos sobre a adequação das penas também se tornam mais frequentes e diversificados após a declaração de inconstitucionalidade da vedação. Após menções residuais à insuficiência das penas restritivas de direitos (amostra 1), argumentos que desvalorizam as penas alternativas e valorizam a prisão passam a prevalecer. Entre os primeiros, a partir de 2010, os argumentos utilizados pelo TJSP permitem observar que as penas alternativas são vistas como “insuficientes”, incompatíveis com a “reprovação e prevenção” do tráfico, destinadas a crimes de menor potencial ofensivo, reservada a agentes de baixa periculosidade e propiciadoras de “sensação de impunidade” e incentivos à “reiteração criminosa”.⁵⁸ Em sentido contrário, quando se trata de fortalecer a necessidade do envio à prisão, o argumento mais frequente refere-se à adequação do regime fechado diante da “gravidade dos fatos”.⁵⁹

Argumentos baseados em juízos sobre as drogas, o tráfico e a figura do traficante também são fortemente mobilizados pelo TJSP para obstar a pena alternativa. Foi possível observar, no decorrer das 4 amostras, a utilização de argumentos que se apoiam na “gravidade dos prejuízos” causados pelas drogas aos indivíduos, à família e à sociedade, na “natureza hedionda” do crime de tráfico — que permanece mesmo após decisão do STF que afasta natureza hedionda do tráfico privilegiado — e em formulações que indicam a periculosidade, a temibilidade ou a alta reprovabilidade da pessoa condenada⁶⁰. A partir da declaração de inconstitucionalidade da vedação, outros argumentos aparecem como a quantidade, a qualidade e a diversidade das drogas apreendidas e a necessidade de retirar o traficante da sociedade “para se recuperar”. Em 2017, outros argumentos, pontuais, contribuem para acessar o modo como o tráfico é percebido: “lucro fácil”, “ausência de distinção entre pequenos e grandes”, bem como a indicação de que o tráfico se comete com violência ou grave ameaça à pessoa⁶¹.

Por fim, entre os códigos que não agrupamos nas quatro grande categorias, estão a valorização da decisão tomada em primeira instância⁶², a participação de adolescente⁶³ e argumentos que sinalizam o papel que

54 Amostra 3: “Intenção de recrudescimento da política de drogas lançada com a Lei 11.343/06 (4)” e “Possibilidade de substituição contrária à vontade do constituinte (2)”

55 Amostra 3: “A vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito é legítima política legislativa criminal (1)”

56 Amostra 3: “Interpretação conjunta de diversos dispositivos não permite sua aplicação para o crime de tráfico (1)”

57 Amostra 3 e amostra 4: “Compromissos internacionais firmados pelo Brasil exigem medidas mais duras (1 em cada amostra)”

58 Aparecem também, na amostra 3, argumentos que indicam que a “PRD não é socialmente recomendável (2)” e “PRD é reservada a agentes de baixa periculosidade (3)”. E, na amostra 4: “Apesar da Resolução, a substituição não é medida razoável (1)”. Em ambas as amostras, é possível observar argumentos apoiados na “incompatibilidade da substituição com o regime inicial fechado obrigatório” (3 aparições na amostra 3 e 4 na amostra 4).

59 Pontualmente é possível observar, na amostra 2, argumento que indica que as “Condições pessoais favoráveis não afastam necessidade de prisão (1)” e na Amostra 3 que estabelecem relações entre a quantidade de pena e o regime: “a quantidade de pena corporal não vincula regime prisional mais brando (1)” e “a quantidade da pena determina regime fechado (1)”.

60 Na amostra 4, agregamos “periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa” os seguintes códigos: “Regime fechado condiz com a periculosidade do réu (3)”; “Culpabilidade exacerbada obsta a substituição (2)”; “alta reprovabilidade do réu (1)” e “Possibilidade de reiteração demanda regime fechado (1)”.

61 Na amostra 4, aparecem ainda os seguintes argumentos: “Motivação de ter lucro fácil obsta substituição (art. 44, III, CP) (3)”, “Não há diferença entre pequenos e grandes traficantes, sendo incabível a substituição (1)” e “Tráfico é crime cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP) (1)”.

62 Amostra 1: “Manutenção da sentença (1)”: “Não é caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, como bem assinalado pela r. sentença recorrida.” (TJSP; Apelação 0008171-19.2005.8.26.0309; Relator (a): Poças Leitão; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiá - 2ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/09/2009; Data de Registro: 08/12/2009).

63 Amostra 2: “Participação de adolescente (3)”: “Posteriormente, diante do preenchimento dos requisitos legais, o d. magistrado

atribuem ao Poder Judiciário para coibir o crime⁶⁴.

3.3. Por uma narrativa para essa arena de disputas

Observando nosso material empírico, com as chaves de leitura propostas por Dan Kaminski, é possível dizer que o registro institucional descreve, insatisfatoriamente, a arena de disputas que se forma ao redor da possibilidade de aplicação de penas alternativas aos pequenos traficantes. A argumentação baseada na lei está presente tanto contra como a favor, mas está longe de esgotar o arsenal de recursos mobilizados pelo TJSP para decidir esses casos. O registro organizacional oferece elementos interessantes para refletir sobre a adesão ou o rechaço às decisões dos tribunais superiores. Mas parece-nos ser no registro profissional e, em especial, em suas tensões com o registro situacional, que as hipóteses explicativas mais interessantes se formam. Dedicaremos essa subseção a esses registros e às tensões que, até o momento, pudemos observar entre eles.

Mas isso não significa minimizar o componente institucional. Ao contrário, em nosso material, a proibição legal à substituição exerceu papel preponderante na argumentação e não desapareceu com a declaração de inconstitucionalidade e a suspensão dos efeitos. A partir desses marcos, outros recursos argumentativos passaram a ser mobilizados para a tomada de decisão, inclusive do âmbito legislativo. Como vimos, a inconstitucionalidade da vedação legal provoca um deslocamento da norma que proíbe para a norma que estabelece os requisitos para aplicação da pena alternativa (art. 44 do CP). Interessante notar, nesse ponto, que a norma constitucional que prevê a individualização da pena — e que poderia prevalecer sobre a própria vedação da pena alternativa — foi escassamente utilizada, e, somente após a declaração de inconstitucionalidade e a suspensão dos efeitos, isto é, como argumento acessório em um contexto já amplamente favorável à possibilidade de substituição.

No tocante ao registro organizacional, nosso material parece mostrar que a adesão aos precedentes é altamente seletiva. A decisão de seguir ou não o entendimento de tribunal superior parece decorrer menos da força normativa do próprio precedente do que da adequação de dado enunciado à argumentação, contrária ou a favor, que se busca desenvolver. Como vimos, as divergências de entendimento entre o TJSP e o STF foram percebidas tanto como salutares quanto como algo a evitar. Em argumento favorável à substituição, encontramos apelo à “segurança jurídica”, entendida, no caso, como padronização decisória, isto é, deve-se acompanhar o entendimento das cortes superiores e, assim, evitar recursos⁶⁵. Ademais, entre os argumentos contrários à substituição, a ausência de vinculação aos precedentes do STF e a existência de votos divergentes no acórdão que declara a inconstitucionalidade da vedação estiveram presentes em todas as amostras.

Chamou, também, nossa atenção a prevalência de argumentos de adesão aos tribunais superiores no quadro 2. Tal como vimos ali, os precedentes favoráveis à substituição parecem ter mais peso argumentativo do que os juízos sobre a adequação da pena restritiva de direitos para o caso concreto. A adesão aos precedentes do STF foi vocalizada de diferentes modos no material analisado aqui. Desde formulações mais

reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, contudo, diversamente do sustentado nas razões recursais, não há que se falar na aplicação do patamar máximo de redução, tendo em vista a quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado, a saber, 47 (quarenta e sete) porções de cocaína, além da maior gravidade revelada por sua conduta delitiva, pois ensejou o envolvimento de adolescentes com o nefasto comércio ilícito de entorpecentes.” (TJSP; Apelação 0008896-31.2010.8.26.0277; Relator (a): Salles Abreu; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/09/2011; Data de Registro: 22/09/2011).

64 Amostra 3: “Poder Judiciário deve coibir adequadamente as condutas reprováveis (1)”. E, amostra 4: “Poder Judiciário deve dar exemplo e não aplicar PRD (1)”.

65 Amostra 2: Apelação nº 0015663-30.2010.8.26.0554: “Desta feita, em atenção à segurança jurídica, ainda que não se trate de decisão proferida com efeito erga omnes, é necessário que a magistratura acompanhe entendimento firmado pelas cortes superiores, a fim de evitar-se a desnecessária repetição de recursos aos tribunais *ad quem*.”. E, ainda, na mesma amostra: Apelação n.º 0201504-21.2010.8.26.0515: “Assim se o posicionamento da Corte Constitucional se faz nesse sentido, para evitar conflitos jurisprudenciais desnecessários, é de se seguir aquela orientação.”

neutras como “considerando”, “em consonância”, “conforme” até expressões mais fortes como “rendo-me ao entendimento do STF” (Apelação n.º 0071447-49.2010.8.26.0050, amostra 2) ou elucidativas do percurso decisório do julgador como “revi meu entendimento [...] a partir do julgamento pelo STF” (Apelação n.º 0006974-89.2012.8.26.0048, amostra 3). E, ainda, reveladoras da compreensão do julgador sobre o que constitui “o direito vigente”: o precedente do STF é capaz de dizer o direito⁶⁶. Como vimos na seção precedente, o único argumento favorável anterior à declaração de inconstitucionalidade pareceu-nos claramente organizacional: a adesão a um precedente do STF sobre individualização da pena. Do nosso ponto de vista, conforme adiantamos, mesmo a vedação legal às penas alternativas poderia ser afastada com uma leitura robusta do dispositivo constitucional que prevê a individualização da pena — o que poderia perfeitamente ser feito pelos tribunais inferiores.

Mas nosso material revela, também, que, sobretudo entre os argumentos contrários à substituição, é também mobilizado todo um arsenal argumentativo que gravita em torno de visões sobre as penas e sobre o tráfico. As chaves de leitura propostas por Dan Kaminski nos convidam a lê-lo pelo registro profissional, isto é, atentando ao modo como são formados e socializados para o exercício do ofício de julgar, condenar e decidir penas. Nesse ponto, Kaminski destaca que as práticas penais, dentre elas “um julgamento”, constituem “operações profissionais, na medida em que emergem [...] de uma cultura específica que é não somente aquela da interpretação do direito, mas também aquela da **interpretação do mundo**” (grifo nosso).⁶⁷

No âmbito do sistema de justiça criminal, essa “cultura específica” está umbilicalmente ligada à valorização da pena de prisão como único e principal recurso para responder, juridicamente, a um amplíssimo conjunto de situações problemáticas. E não é de hoje. Inúmeras pesquisas, no Brasil e em outros países, têm mostrado a força e a difusão de um sistema de ideias, denominado por Alvaro Pires, “racionalidade penal moderna”, que de várias formas têm imposto bloqueios cognitivos à utilização de penas não carcerárias pelo sistema de justiça criminal.⁶⁸ Argumentos que mobilizam explicitamente uma ou mais teorias modernas da pena — retribuição, dissuasão, neutralização e reabilitação — puderam ser observados em nosso material, de modo bastante frequente quando se tratava de negar a substituição⁶⁹, e de modo pontual, mas emblemático, quando se tratava de conceder a conversão por penas alternativas⁷⁰.

66 Amostra 4: Apelação n.º 0006738-20.2014.8.26.0323: “Enfim, pode-se francamente dizer que outro não é o direito brasileiro hoje vigente, amplamente afirmativo tanto com relação à aplicação de regime mais brando quanto à substituição da pena prisional por restritivas de direitos, na condenação de réus primários por tráfico de drogas, obviamente quando concretamente também presentes, como aqui certamente ocorre, os respectivos pressupostos e requisitos técnicos.”

67 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 199.

68 Sobre o desenvolvimento da teoria da racionalidade penal moderna e, em especial, sobre a dificuldade de legitimação das sanções não prisionais, ver o posfácio de Alvaro Pires ao livro organizado em sua homenagem: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Máira (Org.). *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2013. p. 289-319.

69 A título ilustrativo: “Daí que aquele que infringe as normas penais, dá um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convive, momento em que sujeita-se, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, retributiva.” (TJSP; Apelação 0080632-43.2012.8.26.0050; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/09/2013; Data de Registro: 07/10/2013). “Assim, atentando-se à gravidade do crime e à periculosidade do agente, que portava grande quantidade de droga, a evidenciar que faz do crime meio de vida, percebe-se que a fixação de regime diverso do fechado mostra-se insuficiente para sua reeducação, bem como repressão do delito.” (Desembargador relator William Campos, Apelação n.º 0105257-78.2011.8.26.0050). E ainda, “Não é conveniente que os réus permaneçam no seio social, ainda que em regime aberto, muito menos sob penas restritivas de direitos, especialmente porque permaneceriam na região em que habitam, retornando aos seus hábitos e contatos perniciosos”. (Apelação 0050505-28.2011.8.26.0222; Relator (a): Augusto de Siqueira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guariba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 12/09/2013; Data de Registro: 21/09/2013).

70 O desembargador Márcio Bartoli foi relator em número considerável de julgados que autorizaram a substituição. Dentre os acórdãos de setembro de 2011 que analisamos, os quatro, cuja relatoria foi de Bartoli, deferiram a aplicação de penas restritivas de direitos. Ver, ainda, “As penas restritivas de direitos são, em essência, opção aos efeitos deletérios e onerosos do cárcere. Não à toa, foram denominadas penas alternativas, uma vez que operam como substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. Nesse contexto, anoto que a sanção privativa de liberdade não é a única a cumprir sua função social, de prevenir, retribuir e ressocializar o sentenciado. As penas restritivas de direito também são vocacionadas para esse papel, cumprindo ao juiz natural da causa a prudente eleição do tipo alternativo de reprimenda que seja suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o

A valorização da pena de prisão, na maioria das ocasiões, aparece associada a formulações sobre a “gravidade” do crime de tráfico. Invariavelmente considerado em abstrato, isto é, “o tráfico” tal como preenchido por uma determinada visão, bastante difundida, que o percebe como causa e catalisador de uma série de problemas sociais. Excluindo algumas menções ao tipo e à quantidade de droga, praticamente não encontramos argumentos que considerassem as características e peculiaridades do caso concreto sobre o qual versava o acórdão.

Com Kaminski, parece-nos possível dizer que os argumentos sobre o tráfico, a figura do traficante e as drogas emergem mais diretamente de uma interpretação do mundo do que de uma interpretação do direito. É claro que o tratamento jurídico dado ao tráfico, com pena elevada e caracterização constitucional como “crime hediondo”, favorece esse tipo de interpretação. Mas esses componentes institucionais não nos parecem suficientes para explicar o que podemos observar em nosso material: o “verdadeiro mal do século”⁷¹, que causa “intranquilidade para a população ordeira”⁷², que fere “o equilíbrio social e desestabiliz[a] a sociedade”⁷³ e, ainda,

absolutamente interligado a outros crimes, sustentáculo de organizações criminosas, além de verdadeiro corrosivo de qualquer valor social. [...] delito nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.⁷⁴

E, no tocante ao traficante, nosso material registra diversas formulações que o associam à ideia de periculosidade⁷⁵, que negam peremptoriamente a possibilidade de terem “boa conduta social e personalidade”⁷⁶, enfim, que o descrevem como “indivíduo sem escrúpulos”⁷⁷, “destruidor da sociedade”⁷⁸.

Como vimos na seção precedente, as visões sobre o tráfico e o traficante não foram disputadas quando se tratava de argumentar a favor das penas restritivas. Tampouco encontramos formulações que buscavam traçar alguma distinção entre o tráfico, do caput por assim dizer, e a figura privilegiada do art. 33, parágrafo 4º mas sim encontramos o oposto: “[...] nem quando privilegiado o tráfico deixa de ser tráfico.”⁷⁹

Todos esses componentes de normatividade profissional — no tocante às funções da pena e à visão sobre o tráfico e o traficante — aparecem intensamente em nosso material. E nos ajudam a visualizar o grau de constrangimento que a alteração jurisprudencial e legislativa que passou a permitir a substituição por penas alternativas representou para os julgadores. Fundamental registrar que, no caso do TJSP, o nível de constrangimento transborda o registro de normatividade profissional, assumindo contornos muito difíceis de caracterizar em um Estado Democrático e de Direito. Referimo-nos aqui aos procedimentos disciplinares iniciados contra juízas e juizes por desafiarem as amarras que colocam a prisão como resposta imprescindível, automática, inquestionável do sistema de justiça criminal.⁸⁰

apenado, prevenindo comportamentos do gênero.” (TJSP; Apelação 0002939-21.2015.8.26.0456; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pirapozinho - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 04/05/2017; Data de Registro: 27/06/2017)

71 Apelação n.º 0004994-22.2009.8.26.0272 - 8ª Câmara – Relator: Lauro Mens de Mello, 2013

72 Apelação n.º 0000663-56.2011.8.26.0553 - 5ª Câmara - Relator: José Damião Pinheiro Machado Cogan, 2013.

73 Apelação n.º 0000862-36.2006.8.26.0268 – Relator: Luís Carlos de Souza Lourenço - 8ª Câmara, 2009.

74 Apelação n.º 0080632-43.2012.8.26.0050 - 4ª Câmara - Relator: Luis Soares de Mello, 2013.

75 Entre diversos outros exemplos: “Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.” Apelação n.º 0004999-34.2015.8.26.0272 - 8ª Câmara – Relator: Ely Amioka, 2017.

76 “É indubitoso que não se pode ter como boas a conduta social e a personalidade de agente condenado por tráfico de entorpecente.” (Apelação n.º 0022414-13.2012.8.26.0344 - 13ª Câmara - Relator(a): Cardoso Perpétuo, 2013)

77 Apelação n.º 0002628-32.2012.8.26.0457 - 5ª Câmara - Relator: Pinheiro Franco, 2013

78 “Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum. Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!” (TJSP; Apelação 0018541-09.2011.8.26.0451; Relator (a): Poças Leitão; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 17/05/2017).

79 Apelação n.º 0000115-40.2016.8.26.0073 - 14ª Câmara – Relator(a): Hermann Herschander, 2017

80 O exemplo mais recente é a sanção de censura imposta pelo Órgão Especial do TJSP, em fevereiro de 2017, à então juíza Kenarik Boujikian, que concedeu, por meio de decisões monocárnicas, liberdade a pessoas que estavam presas havia mais tempo do que o estipulado em suas sentenças. Tais decisões foram consideradas contrárias ao princípio da colegialidade, ou seja, entendeu-se

Nesse ponto da análise, nos perguntamos, a partir de Kaminski, se essa alteração, e o que ela gerou na argumentação do tribunal, seriam bem descritas como “situação inédita” que leva a práticas “originais”, ainda que informada pelos registros institucionais, organizacionais e profissionais. Em caso positivo, estaríamos diante da possibilidade de ler certos argumentos como reveladores de contradições entre os registros de normatividade e que poderiam ser observados como “margem de manobra” ou “astúcia”. O exercício de utilização dessas duas chaves para ler nosso material nos trouxe dificuldades. De certa forma, elas nos convidam a fazer um juízo avaliativo sobre os motivos mobilizados pelos juízes. Na distinção entre “margem de manobra” e “astúcia”, o autor nos convida para, enfim, nos pronunciarmos sobre o modo como nós, pesquisadoras, alocamos uma dada prática penal no registro institucional: em respeito à lei, mas com inventividade, no caso da “margem de manobra” e, no caso da astúcia, próximo à transgressão ou “contra a lei”, ainda que sem implicar em falta disciplinar. Tal como compreendemos a formulação de Kaminski, ela parece, de certa forma, nos relançar à racionalidade jurídica que buscávamos nos distanciar. Diante desse desconforto, optamos por não operar com a distinção entre “margem de manobra” e “astúcia”, percorrendo nosso material em busca de “inventividades” argumentativas que, de alguma forma, sejam reveladoras dos constrangimentos impostos pela situação e que escapem aos registros institucionais, organizacionais e profissionais.

Essa nos parece ser a melhor forma de caracterizar os argumentos que se apoiam na ausência de unanimidade da declaração de inconstitucionalidade do STF e que se referem ao fato de a resolução do Senado não mencionar, expressamente, o artigo 44 da Lei de Drogas, de modo que a proibição da substituição por penas alternativas permaneceria em vigor. De modo ainda mais forte, destacamos o argumento segundo o qual o tráfico constitui um crime que se pratica com violência à pessoa e que, portanto, estaria excluída a possibilidade de aplicação de penas alternativas em razão do art. 44 do CP⁸¹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUMAS HIPÓTESES E QUESTÕES PARA NOVAS PESQUISAS

No decorrer desse texto, buscamos descrever o modo como o TJSP recebeu e reagiu às alterações jurisprudenciais e legislativas que passaram a permitir a aplicação de penas alternativas aos pequenos traficantes. Foi possível, desse modo, observar o custo argumentativo de se posicionar de modo contrário ou favorável à sanção não prisional diante de um crime considerado, abstratamente, grave.

Nossos resultados corroboram pesquisas anteriores que destacam a fragilidade de um sistema de penas que privilegia a pena de prisão — prevista em lei — e relega as sanções não prisionais a uma operação de substituição em função da quantidade de pena atribuída e outros requisitos. Opera-se aqui uma inversão na decisão sobre a pena: primeiro se decide a quantidade para depois decidir a qualidade. Em um sistema

que um órgão colegiado deveria ter apreciado os pedidos, não cabendo a uma só juíza conceder a liberdade, em que pese a evidente ilegalidade das prisões. Posteriormente, Kenarik Boujikian teve a sanção anulada pelo Conselho Nacional de Justiça e, no fim de 2017, tornou-se desembargadora do TJSP. Outro exemplo é o de Roberto Luiz Corcioli Filho, cujo nome foi amplamente difundido em matérias jornalísticas nos últimos anos. Corcioli foi afastado de varas criminais após uma representação endereçada ao TJSP e assinada por 17 membros do Ministério Público, por meio da qual se apontou que o juiz “soltava demais”. Recentemente, Corcioli teve sua postura questionada mais uma vez, depois de ter determinado a soltura de dois suspeitos de tráfico de drogas presos em flagrante que não foram levados à audiência de custódia. Sobre o caso de Kenarik Boujikian (acesso em 06/02/2018): <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85325-cnj-absolve-juiza-punida-por-libertar-presos-que-ja-tinham-cumprido-pena>. Sobre o caso de Corcioli Filho (acesso em 06/02/2018): <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-manda-soltar-dois-homens-presos-em-flagrante-com-74-titulos-de-maconha,10000025932> e <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/08/juiz-que-soltou-presos-por-falta-de-audiencia-de-custodia-se-defende-de-criticas-da-midia/>

81 Vale a pena conferir o trecho do acórdão: “artigo 44, I, do Código Penal, expressamente veda a aplicação de penas restritivas de direitos para crimes cometidos “com violência ou grave ameaça à pessoa”, o que, por certo, abrange a narcotráfica, que lesa profundamente a saúde pública, atingindo toda a coletividade, além de ser fator gerador de outros crimes também graves, em especial contra a pessoa e o patrimônio.” (TJSP; Apelação 0000498-87.2016.8.26.0535; Relator (a): Marco Antônio Cogan; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 15/05/2017).

autenticamente construído sobre a ideia de individualização, isto é, que se apoia sobre as peculiaridades do caso concreto para decidir a sanção, a decisão sobre o tipo de pena (prisional ou não) antecederia a decisão sobre o tempo de cumprimento.

Mas não é assim que nosso sistema de penas está estruturado. Em virtude disso, uma primeira hipótese de leitura do nosso material indica a possibilidade de um “efeito rebote” das sucessivas decisões do STF que foram derrubando os argumentos utilizados para negar a substituição — antes mesmo de avaliar sua adequação ao caso concreto. Afastada a proibição da conversão e depois o caráter hediondo do tráfico privilegiado, passamos a observar mais argumentos que se apoiam no fato da pena aplicada ser superior a 4 anos — e, portanto, incompatível com a substituição em face do art. 44 do CP. Nesses casos, a diminuição foi concedida em patamar mínimo, deixando a pena final acima de 4 anos, ou simplesmente não foi concedida. Nessa última situação, estamos diante de uma alteração no juízo sobre a tipificação do fato (tráfico comum e não privilegiado) que permite ao julgador sequer ter que enfrentar a decisão sobre a qualidade da pena aplicável (prisional ou não). Novas pesquisas podem vir a confirmar ou refutar essa hipótese, no próprio TJSP ou em outros tribunais.

Nosso material permite refletir também sobre os limites das mudanças jurisprudenciais e legislativas em um campo fortemente disputado como o campo penal. Como vimos, o custo argumentativo aumenta após as decisões do STF e do Senado ampliando o espaço para a mobilização de argumentos que se apoiam em visões sobre o tráfico, sobre as drogas e sobre as funções que as penas deveriam, hipoteticamente, cumprir. Em outras palavras, para o estoque de casos que se concluem na segunda instância — não desprezível tratando-se de tráfico de drogas —, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF e a suspensão de efeitos pelo Senado não garantem a possibilidade de aplicação de sanções não prisionais aos pequenos traficantes.

Abre-se, neste artigo, um vasto campo de investigação — e também de ação política — voltado a reduzir o abismo que se observa entre as visões do tráfico, das drogas e do traficante expressas pelo TJSP e o conhecimento disponível em outras áreas do conhecimento. A impermeabilidade dos tribunais, e do TJSP, particularmente às pesquisas conduzidas pela criminologia, antropologia, sociologia, mas também pelas ciências biológicas, tem impactos muito diretos no modo como são decididas tanto a imputação de responsabilidade quanto a sanção nos crimes relacionados a “drogas”⁸².

Outra frente de investigação que nos parece bastante promissora diz respeito ao modo como as teorias da pena — retribuição, dissuasão, reabilitação e neutralização — se combinam e articulam nos argumentos tanto contrários quanto favoráveis à substituição da pena de prisão por pena alternativa. Em nosso material, não encontramos argumentos que desafiassem essas teorias ou buscassem justificar a mobilização de uma ou mais delas em função das características específicas e concretas da pessoa condenada. Especialmente no tocante à teoria da reabilitação, que aparece nos argumentos que indicam que o traficante deve ser preso “para se recuperar”, o juízo sobre a possibilidade de a pena cumprir essa função levaria em conta uma apreciação das condições dos estabelecimentos prisionais em nosso Estado — o que também não identificamos em nosso material. O único argumento encontrado que, de certa forma, problematiza a prisão foi mobilizado para justificar a substituição por pena alternativa: diante dos “efeitos deletérios e onerosos do cárcere”,

82 Apenas para ilustrar esse campo de investigação, vale a pena conferir a pesquisa de Felipe Silva sobre a tipificação do TJSP no tocante ao cultivo de canábis. O autor discute o modo como esse crime é tipificado em face do conhecimento produzido pela botânica em relação ao sexo das plantas de canábis, sua capacidade reprodutiva e as condições ecológicas de cultivo. Ver SILVA, Felipe. *Não compre, plante?!*: a tipificação penal das situações de cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. 2016. ?f. Dissertação (Mestrado)—Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16519>. Acesso em: 05 mar. 2018.

Para um balanço das pesquisas no campo das ciências sociais, consultar o número especial da *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP e, particularmente a revisão de literatura que integra a apresentação do volume, ver ALVAREZ, Marcos César; FRAGA, Paulo César Pontes; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Perspectivas atuais sobre políticas, produção, comércio e uso de drogas. *Tempo Social*, v. 29, n. 2, p. 1-14, maio/ago. 2017, p. 1-14. Ver ainda, sobre as múltiplas interfaces entre as “drogas” e o sistema de justiça criminal no contexto europeu: Kaminski, Dan (Org.) *L'usage penal des drogues*. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2003.

a pena restritiva de direitos é uma opção. Nesse argumento, a pena restritiva não é, em si, adequada ao caso concreto, mas um substitutivo às “sequelas” do encarceramento. Essa linha de argumentação tem se fortalecido no STF, tendo sido inclusive determinante no julgamento do HC 118.533/MS que afastou o caráter hediondo do tráfico privilegiado. Mas, como vimos, ainda não repercutiu no TJSP.

Ao redor da problemática das teorias da pena, nosso material também indica a potencial riqueza de pesquisas que se debruçam a compreender o modo como os tribunais dão sentido ao termo “suficiente” que aparece no art. 44, III do CP. De acordo com o dispositivo, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias” precisam indicar que a “substituição seja suficiente”. Suficiente para que? Prevenir e reprovar a conduta? Reabilitar a pessoa condenada? E o que precisa estar evidenciado nos autos para que se possa emitir juízos sobre cada uma dessas expressões?

Concluimos esse texto convencidas de que sabemos ainda muito pouco sobre os processos decisórios que enviam, cotidianamente, um número escandaloso de pessoas à prisão. A disputa ao redor do texto normativo e de sua interpretação, os argumentos mobilizados nos julgamentos e seus resultados somente podem ser compreendidos diante dos efeitos dessas decisões na sociedade em que vivemos. Pensar em uma política pública que enfrente o superencarceramento implica, necessariamente, conhecer e disputar o modo como interpretamos o direito e o mundo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. New York: The New Press, 2012.

ALVAREZ, Marcos César; FRAGA, Paulo César Pontes; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Perspectivas atuais sobre políticas, produção, comércio e uso de drogas, *Tempo social*, v. 29, n. 2, p. 1-14, maio/ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Modelo de gestão para a política prisional*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/copy_of_ModelodeGestao_documentofinal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização Junho de 2016*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas corpus. *HC 118533 / MS*. Plenário do Superior Tribunal Federal. Pacte.(s): Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Pacte.(s): Robinson Roberto Ortega; Impte.(s): Defensoria Pública da União; Proc.(a/s)(es): defensor público-geral federal; Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCrim, 2010.

CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Máira (Org.). *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.

GOMES, Geder Luiz Rocha. *A substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: JusPodivm, 2008.

JESUS, Maria Gorete Marques. *O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. 276 f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015.

KAMINSKI, Dan (Org.). *L'usage penal des drogues*. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2003.

MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta (Org.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2015.

PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In : POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em ciências sociais*. Tradução de João Marques. Lisboa: Gradivas, 1992.

REIS, Vilma. Juristas negros e negras: por vida e liberdade no Brasil. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; VARGAS, João Helion Costa (Org.). *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p. 4-6.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça Estado de São Paulo. *Composição magistrados ordem antiguidade*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoCriminal/SecaoDireitoCriminal/ComposicaoMagistradosOrdemAntiguidade>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

SILVA, Felipe. *Não compre, plante?: a tipificação penal das situações de cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2016. ?f. Dissertação (Mestrado)—Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP, Escola de direito de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16519>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. ?f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.