

IV SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FMP (2014)

RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Autor: Rosemeri Munhoz de Andrade

Orientador: Prof.º Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP

Analisar a fundamentação dos argumentos das 1ª e 3ª Câmaras Criminal do TJ-RS quanto aos recursos de apelação para desclassificação do tipo penal 33 – tráfico de drogas, para o tipo penal 28 – uso de drogas e vice-versa, focando a racionalidade argumentativa e a segurança jurídica. Apresentar o caso emblemático do Pai Pedreiro: Arbitrariedade ou Justiça? Pesquisa quanti e qualitativa, método dialético, estudo de acórdãos. O Direito é um sistema de normas que tem como objetivo regular a vida social, implementar a segurança e efetivar a justiça através da racionalidade nas decisões. Evitando a arbitrariedade. A interpretação das regras, por meio de um sistema lógico-dedutivo, na maioria dos casos não consegue atingir a racionalidade, tornando-se necessário um sistema argumentativo que sustenta as decisões de forma racional e evita a arbitrariedade. No contexto atual, frequentemente nos deparamos com decisões judiciais divergentes, fundamentadas pelas mais variadas razões. Isso pode ocasionar reflexos discutíveis em nosso sistema jurídico como comprometimento da previsibilidade e segurança jurídicas. A partir dessa reflexão e do conhecimento de decisões divergentes das 1ª e 3ª Câmaras Criminal do TJ-RS, quanto aos recursos de apelação para desclassificação do tipo penal 33 – tráfico de drogas para o tipo penal 28 – uso de drogas (os quais possuem verbos congruentes), busquei quantificar e qualificar as decisões com o objetivo de ao fim e ao cabo compreender se esses entendimentos divergentes estão balizados em “boas razões” e se há impacto no comprometimento da segurança jurídica. A pesquisa foi realizada, analisando 251 decisões de cada câmara, utilizando como filtro as palavras-chave: tráfico de drogas / apelação / desclassificação de tipo e no período decrescente entre julho/2014 à dez/2012. Na 1ª Câmara, 3% dos recursos de apelação do réu para desclassificação de tipo/absolvição são providos enquanto na 3ª Câmara esse percentual é de 64%. Esses e outros números me instigaram a buscar a racionalidade da fundamentação dessas decisões. Para qualificar a pesquisa foram escolhidos os acórdãos nº **70056199524** da 1ª Câmara, no qual o réu foi denunciado no artigo 28, e sobreveio apelação do MP para desclassificar para o artigo 33. E o acórdão de nº **70057032765** da 3ª Câmara, onde o réu condenado no artigo 33 apela para desclassificar para o artigo 28. Esses acórdãos possuem fundamentações que se identificam na grande maioria dos acórdãos estudados. Os critérios para determinar se a droga **se destina ao consumo pessoal**, estão expressos no § 2º do art. 28. Utilizei esses critérios como base para analisar as fundamentações dos acórdãos acima citados. 1) No que tange a **quantidade da droga**: 1ª Cam.: *18 pedras de crack são incompatíveis com o mero consumo*; 3ª Cam.: *62 pedras de crack seriam compatíveis com o consumo, pois o usuário-dependente costuma usar crack em grande quantidade.* 2) Sobre o **local**: 1ª Cam.: *justifica a traficância estar em um*

conhecido ponto de tráfico¹; 3ª Cam.: não justifica a traficância, consumidores também utilizam área conhecida como ponto de tráfico². 3) **As condições em que se desenvolveu a ação:** 1ª Cam.: Patrulhamento em local de tráfico e os depoimentos dos policiais são válidos, coerentes e em consonância com o auto de apreensão³; 3ª Cam. Apreensão acidental e rotineira, não há porque se duvidar dos ditos, mas a destinação ao tráfico não se confirma.⁴; 4) **Conduta e antecedentes:** 1ª Cam. Réu primário, incide a causa de diminuição da pena; 3ª Cam. Réu condenado anteriormente por tráfico de drogas e está respondendo por crime de roubo, é muito comum que o usuário-dependente de crack passe a praticar o tráfico como forma de sustentar o próprio vício. Assim, as decisões: 1ª câmara: recurso de desclassificação de consumo para tráfico provido, **condenado o réu**. 3ª câmara: recurso para desclassificação de tráfico para consumo próprio provido, **absolvido o réu**. Destaca-se que para a grande totalidade das decisões da 3ª câmara a fundamentação para a absolvição é que “*embora comprovada a posse, esta terceira câmara criminal sufragou o entendimento de que a solução é a absolvição (súmula n.º 453 do stf), pois não há emendatio libelli na desclassificação do delito de tráfico para posse de drogas e, sim, mutatio libelli*”⁵. Ambas as câmaras fundamentam suas decisões na interpretação da lei, e sendo assim não cabe falar em arbitrariedade. Mas fica a pergunta: O que são “boas razões”? No decorrer da pesquisa encontra-se um emblemático acórdão nº 70053574067, intitulado aqui como “pai pedreiro”. O caso é sobre um pai que foi visitar seu filho na FASE, e levou com ele 3 tijolinhos de maconha (1,65g), para entregar ao seu filho. Após trâmite processual, o réu foi condenado e apelou, alegando pequena quantidade, vida pretérita e prática não habitual. Nessa instância o Procurador de Justiça opinou pelo provimento do recurso com a desclassificação da conduta para a do art. 33 § 3º da Lei de Drogas e consequente **declaração de extinção de punibilidade**. A 3ª Câmara decidiu em manter a condenação, mas **afastar a pena**, apesar não haver previsão legal para tal. Esse caso trouxe a reflexão sobre a justiça, a arbitrariedade ou superabilidade da regra. A pesquisa demonstrou a divergência entre as câmaras e fundamentações em teses que se contradizem trazendo sem dúvida grande dano à previsibilidade e a segurança jurídica. Há um déficit de fundamentação, premissas ocultas, afirmações em base empírica, deixando a impressão de que as decisões já haviam sido tomadas, com base na concepção de mundo da composição de cada câmara. Quanto ao caso do “pai pedreiro”, apesar de todas as razões sobre justiça do caso concreto, proporcionalidade e razoabilidade, não houve a superação da regra, pois a sua aplicação não viola a sua finalidade subjacente. Em nosso sistema não existe “**afastar a pena**”, a regra deveria ser seguida, pela natureza de “eficácia de trincheira”. A racionalidade exigida na fundamentação de uma decisão não pode ser ludibriada pela aparência de justiça, mesmo que esta conduza a comoção social. É necessário rastrear a objetividade, e isso não foi possível, mesmo no direito Penal que tem como base o Princípio da legalidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Tráfico de drogas. Pena.

¹ nesse sentido também o acórdão nº 70054736558 TJRS

² nesse sentido também o acórdão nº 70055407589 TJRS

³ nesse sentido também o acórdão nº 70053893350 TJRS

⁴ nesse sentido também o acórdão Nº 70049735947 TJRS

⁵ nesse sentido também o acórdão Nº 70058075649 TJRS