XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DANI RUDNICKI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Érika Mendes de Carvalho; Matheus Felipe de Castro; Dani Rudnicki. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-717-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

Entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, o CONPEDI-Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, realizou o seu XXVII Congresso Nacional na cidade de Porto Alegre, nas luxuosas instalações da UNISINOS/POA. A quantidade de artigos de excelência submetidos ao grande Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição" levou à necessidade de seu desmembramento em três subgrupos de mesmo nome, medida salutar para garantir a apresentação desse universo de pesquisas realizadas nas mais diversas universidades brasileiras. No Subgrupo Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, tivemos uma amostra significativa da diversificação da pesquisa brasileira em nosso campo, com artigos que abordaram desde a necessidade de novas (e responsáveis) hipóteses de criminalização, até os impactos que o vetusto sistema inquisitorial ainda continua a provocar na processualística penal brasileira; as grandes modificações que as novas modalidades de colaborações premiadas vem efetivando no Sistema Penal; a política criminal de drogas; a situação da mulher frente ao grande encarceramento; a vitimologia; a situação das crianças e adolescentes frente ao sistema processual penal e a produção de provas; os impactos da diversificação de percepções sobre identidade de gênero na teoria penal; a arte, o cinema, a psicologia e muitos outros assuntos que enriquecem sobremaneira o conhecimento sobre os crimes e as penas e que tornaram o encontro verdadeiramente instigante, revelando uma excelente amostra do significativo amadurecimento das pesquisas realizadas nos programas de pós-graduação que, primando por um lado pela tradição do rigor técnico, estão incorporando cada vez mais conhecimentos transdisciplinares, vindos da Criminologia Crítica, da Filosofia, da Sociologia, da História, considerando mais de perto e seriamente os problemas brasileiros e a necessidade de uma teoria penal a eles conectados. Enfim, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho – UEM

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SISTEMA DE CONTROLES EPISTÊMICOS SOBRE A VALORAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE NOS DELITOS DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

SYSTEM OF EPISTEMIC CONTROLS ABOUT THE QUANTITY AND NATURE IN INTERNATIONAL DRUG TRAFFICKING

Carolina Soares Castelliano Lucena De Castro

Resumo

A natureza e quantidade da droga são elementos determinantes na fixação da pena em sentenças judiciais condenatórias que tratam de tráfico de entorpecentes. A análise da valoração judicial que recai sobre tais elementos revela-se de suma importância, considerando que a legislação penal especial não especifica parâmetros objetivos. Partindo do estudo de dois casos concretos, pretende-se verificar os argumentos utilizados nas sentenças judiciais, por consequência, os processos convicção dos julgadores. A compreensão do processo judicial como um sistema epistêmico, e a concepção do direito como integridade, apontam para a necessidade de ruptura com arbitrariedades advindas do decisionismo.

Palavras-chave: Natureza e quantidade, Tráfico de drogas, Controle epistêmico

Abstract/Resumen/Résumé

The nature and quantity of the drug are decisive elements in convictions for drug trafficking. The analysis of the judicial valuation that considerer such elements is essential, considering that the special criminal law does not specify objective parameters. Based on the study of two concrete cases, the article intend to verify the arguments used in the judicial sentences, as a form to check the conviction formation of the judge. The understanding of the judicial process as an epistemic system, and the conception of law as integrity, point to the need for rupture with arbitrariness from decisionism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Nature and quantity, Drug trafficking, Epistemic control

INTRODUÇÃO

Independentemente da nacionalidade, do tipo de entorpecente ou forma de transporte, qualquer pessoa presa em flagrante embarcando ou desembarcando num aeroporto de nosso país transportando consigo drogas ilícitas[1], terá um mesmo destino na justiça brasileira. Será processada pela prática do tipo penal previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, com a causa de aumento da transnacionalidade do art. 40, inciso I[2].

No caso de eventual sentença condenatória, o julgador deverá se atentar para a previsão contida no art. 42 da Lei de Drogas, o qual determina que "*o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.*"

Percebe-se, portanto, que a análise sobre a valoração judicial que recai sobre a natureza e quantidade da droga é de suma importância, tendo em vista que, num universo de pena que varia entre cinco e quinze anos, a ausência de parâmetros legais objetivos a serem observados pode dar ensejo a puro decisionismo[3], ficando a critério da subjetividade do julgador determinar se a natureza do entorpecente é especialmente danosa e se a quantidade é elevada a ponto de permitir uma majoração da pena.

Possível perceber que a análise sobre a valoração de tais elementos não se insere no âmbito de discussão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova em relação ao processo criminal, e também não recai sobre a sempre difícil (e defeituosa) tentativa de reconstrução de um fato pretérito. A análise cinge-se, dessa forma, sobre a interpretação das

---

[1] A lei 11.343/2006 é uma norma penal em branco, considerando que não lista quais substâncias são consideradas ilícitas. Tal norma é complementada pela Portaria nº 344/1998 da ANVISA que lista todas as substâncias num rol taxativo.

[2] Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito (....)

[3] O autor Neil Macckormick, na obra Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica. (Elsevier, 2008, p. 73) sustenta que "a tese segundo a qual as decisões são atos de vontade, não inferências ou atos de cognição, é obviamente tanto verdadeira quanto importante. É uma tese de importância central na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, especialmente nas versões mais recentes dessa teoria. (...) Com imenso respeito, é preciso dizer que Kelsen está errado a esse respeito. Nós não apenas podemos como até devemos aceitar sua tese sobre 'ato de vontade'. Mas devemos igualmente rejeitar enfaticamente a tese que Kelsen considera, de forma equivocada, ser seu corolário."

informações contidas em uma prova pericial que já foi realizada, em observância aos procedimentos legais, e que se encontra disponível às partes.

Importante ressaltar, quanto a esse ponto, que a prova pericial, realizada sempre e necessariamente quando da apreensão do entorpecente, limita-se tão somente a indicar objetivamente qual a natureza da droga e qual a quantidade transportada, não havendo absolutamente nenhuma valoração pelo perito se a natureza é maléfica, ou não, ou se a quantidade é, ou não, considerável.

Considerando que os processos de tráfico internacional geralmente iniciam-se com a prisão em flagrante em área de fronteira, inclusive aeroportos, dificilmente nesse tipo de processo há discussão sobre autoria e materialidade (caso o laudo de fato ateste a natureza ilícita da droga), limitando-se o debate das partes, no caso o Ministério Público e Defesa, a eventuais causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, bem como fixação da pena.

Assim, considerando que as sentenças condenatórias são praticamente a regra em tais casos, o artigo pretende, a partir da análise de dois casos concretos, apontar como a fixação da pena é desenvolvida, e como ela deveria ser desenvolvida. Portanto, o artigo combina uma abordagem descritiva (no campo do ser) com uma abordagem deontológica (do campo do dever ser).

Para auxiliar nesse estudo, foram selecionadas duas sentenças judiciais condenatórias pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecente, proferidas por juízos criminais da Justiça Federal do Rio de Janeiro em períodos contíguos. Com esse aporte de dados retirados diretamente de casos concretos, pretende-se conjugar o estudo teórico de um instituto com a forma que ele realmente adquire na rotina de nossos tribunais.

Muito embora não se pretenda apontar soluções definitivas para se conferir inteligibilidade às fixações de pena no tráfico de entorpecentes, é possível ao menos indicar caminhos alternativos à arbitrariedade que vem prevalecendo, disfarçada de objetividade, pois que a exigência de coerência nas decisões judiciais proferidas pelo mesmo Juízo é um fator que pode auxiliar na diminuição da zona cinzenta do livre convencimento.

Para isso, o artigo utiliza como marco teórico o processualista brasileiro Geraldo Prado, uma vez que o autor defende que um controle epistêmico sobre a formação da convicção do julgador perpassa pela observância da cadeia de custódia das provas, sob pena da formação de

um convencimento judicial deficitário, baseado em crenças pessoais ao invés de elementos de prova validamente introduzidos no processo.

Além disso, como proposta de caminhos alternativos às motivações baseadas exclusivamente em crenças, o artigo faz uso da teoria de Ronald Dworkin, o qual compreende o Direito como integridade, que deve respeito à coerência. Assim, as sentenças judiciais, a partir dessa visão, não seriam fatos isolados, desprovidos de um passado; pelo contrário, tratariam de casos presentes, com consequências a serem projetadas no futuro, mas sempre em observância à cadeia de decisões pretéritas, contribuindo para a construção de um todo racional e inteligível aos olhos de todos aqueles que perquirem os estágios dessa cadeia.

Na primeira parte, o artigo analisa duas sentenças judiciais, e as motivações fornecidas pelos respectivos julgadores para o incremento de pena em razão da quantidade e qualidade das drogas apreendidas, verificando se as mesmas preenchem o dever de motivação previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal[4] ou se, ao contrário, são esvaziadas de significado.

Na segunda parte do trabalho, a partir da diferenciação entre processos decisórios baseados em crença e processos decisórios construídos a partir de elementos de prova, é analisada a construção da convicção nas duas sentenças judiciais analisadas. Assim, a mobilização de elementos que já constituem o próprio tipo penal para o incremento de pena pode indicar um déficit de motivação.

Por sua vez, na terceira parte do trabalho, verifica-se que a concepção do Direito como integridade, a partir da teoria de Ronald Dworkin, é uma forma de rompimento com os decisionismos, pois que o dever de coerência com o que se decidiu no passado evita a tomada de decisões puramente pragmáticas no presente, ou ao menos serve de instrumento de constrangimento face ao julgador, que necessita expor o caminho percorrido que permitiu a chegada à convicção.

Ao final, o que se pretende demonstrar é de que forma a sistemática do livre convencimento pode servir para encobrir crenças, prévia e subjetivamente construídas pelo julgador, as quais passam a indevidamente a guiar a atuação jurisidicional. Indica, ainda,

---

[4] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
(...)
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

algumas exigências que a majoração da pena pela quantidade e qualidade da droga deve observar, para ser considerada legitimamente motivada.

CAPÍTULO 1. CASOS CONCRETOS. NA TRILHA DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO.

O fato de o artigo 93, inciso IX da nossa Constituição determinar que todas as decisões judicias devem ser fundamentadas não significa que o uso de tautologias e ideias subjetivas pré-concebidas não estejam embasando de fato uma sentença, que se traveste de ato persuasivo quando há muito a resposta chegou antes da pergunta. Afinal, não podemos esquecer que o dever de motivação convive com a sistemática do livre convencimento, expressão vaga, desprovida de qualquer consenso sobre seu significado.[5]

A partir da análise das motivações encartadas em duas sentenças judiciais condenatórias pelo delito de tráfico internacional de drogas (artigo 33 c/c artigo 40, inciso I da Lei nº 11.343/2006), proferidas em períodos contíguos, por Juízos de um mesmo Tribunal, no caso a Justiça Federal do Rio de Janeiro, o presente artigo permite a verificação de como o dever de motivação pode ser mobilizado na prática.

Assim, a primeira sentença estudada no presente artigo foi proferida em 06/09/2016 no processo de nº 0500124-92.2016.4.02.5101[6], que tramitou na Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, tendo sido fixada a pena-base de um dos réus da seguinte forma:

> (....) De acordo com a denúncia, os réus, na madrugada do dia 3/06/2016, traziam em seus corpos (aparelho digestivo), significativa quantidade de cápsulas preenchidas com substância pastosa e esbranquiçada , durante os procedimentos de embarque no voo EK 248 da Companhia Aérea Emirates, que partiria do aeroporto internacional Maestro Antonio Carlos Jobim

[5] Quanto a esse ponto, Lênio Streck, no artigo O Direito Brasileiro Atravessado pelo julgamento do Mensalão: Do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo (Revista dos Tribunais, ano 102, Julho de 2013, Vol 933, p. 303) chama atenção para o fato de que "a Constituição não fala em livre convencimento ou livre convicção. E nem dá pistas disso. Quem fala – e mal – em livre apreciação da prova produzida em juízo é o Código de Processo Penal. O termo 'livre convencimento' aparece no art. 200, ao falar da confissão. (...) O 'livre convencimento' é utilizado como como uma espécie de 'pedra filosofal da hermenêutica' (ou o santo graal da interpretação). Isso porque, por ele – o livre convencimento – pode-se fazer (e afirmar) qualquer coisa.

[66] Os processos citados no presente artigo são públicos e podem ser consultado diretamente no site da justiça do Rio de Janeiro através do link http://procweb.jfrj.jus.br/portal//consulta/resconsproc.asp.

> (Galeão), no Rio de Janeiro, com destino à cidade de Dubai, nos Emirados Árabes Unidos.
>
> (....) Por todo o exposto, presente o juízo de reprovabilidade do atuar desvalorado dos acusados, JULGO PROCEDENTE o pedido de condenação constante nos autos.
>
> (...) Na primeira fase de individualização da pena, fixo a pena-base em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei 11.343/2006, estas que deverão ser analisadas com preponderância sobre aquelas. O réu é primário, não tendo sido comprovados nos autos maus antecedentes, conduta social anterior ou personalidade negativas. A culpabilidade e as consequências do crime são normais para delitos da espécie. O motivo, consubstanciado na vontade de lucro fácil, é praticamente inerente ao tipo de tráfico de drogas. O comportamento da vítima é desinfluente para o cálculo da pena. As circunstâncias do delito não oferecem características de nota, aptas a influenciar na fixação da pena-base. Entretanto, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006, em razão da quantidade da droga apreendida 1.665,11dg (um mil, seiscentos e sessenta e cinco gramas e onze decigramas) e da natureza da substância entorpecente encontrada (cocaína), que possui alta capacidade de causar dependência física e psíquica, a pena-base deve ser aumenta em 02 (seis) meses para cada circunstância judicial, a perfazer um total de 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Por sua vez, a segunda sentença condenatória analisada foi proferida em 16/09/2016 no processo de nº 0504746-20.2016.4.02.5101 que também tramitou na Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, restando fixada a pena-base de um dos réus nos seguintes termos:

> (...) Prossegue a inicial afirmando que, no dia 05 de maio de 2016, os réus foram presos em flagrante no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, após terem sido abordados no desembarque do voo AT 213 da Companhia Aérea Royal Air Maroc, proveniente do Marrocos, trazendo consigo diversas cápsulas de substância entorpecente armazenadas nos seus aparelhos digestivos, bem como no canal vaginal da acusada.
>
> (....) Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR os acusados.

> (....) Quanto ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006). XX é primário e não ostenta antecedentes criminais. Quanto à sua culpabilidade, o réu aparentemente não ostenta nível sócio-econômico elevado a indicar uma maior exigibilidade de conduta conforme ao direito. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas são determinantes para o aumento de pena nesta fase. Com o acusado foram apreendidos cerca de 1,050kg de haxixe (cf. laudo pericial de fl. 27), substância que possui elevada concentração (em torno de 14%) do princípio ativo THC (Tetrahidrocanabinol) em comparação com a "maconha", sendo nociva à saúde e tão maléfica quanto às demais que são usualmente traficadas. No tocante às circunstâncias, também deve ser valorado negativamente o requinte da forma empregada pelo réu no transporte da droga, escamoteando-se a substância em cápsulas ingeridas, o que em muito dificulta a sua descoberta pelos órgãos de fiscalização. O crime não teve consequências relevantes, pois o réu foi preso em flagrante, e a droga, apreendida. Não há elementos suficientes nos autos para valorar a personalidade e a conduta social de XX, bem como os motivos da conduta delitiva. Em razão dessas circunstâncias, parcialmente desfavoráveis ao réu, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Ambos os casos tratam do caso de tráfico internacional e se assemelham quanto à forma de transporte do entorpecente por parte dos réus– mediante a ingestão de cápsulas - sendo que no primeiro caso constatou-se a existência de 1.665,11dg (um quilo, seiscentos e sessenta e cinco gramas e onze decigramas) de cocaína e no segundo 1.050 kg (um quilo e cinquenta gramas) de haxixe.

Quanto à quantidade de drogas, em ambos os casos, os réus tiverem suas penas majoradas, em razão de os respectivos juízos sentenciante terem considerado a quantidade elevada. Observa-se que, mesmo diante da constatação de que o transporte se deu por meio do acondicionamento da droga no estômago dos transportadores – que possui limites físicos e biológicos evidentes – tal fato não impediu a majoração da pena-base.

Ademais, ambos as sentenças são omissas na indicação de um parâmetro. Afinal, determinada quantidade somente pode ser compreendida como elevada dentro de um parâmetro de comparação, no qual necessariamente devem estar presentes os opostos baixa e alta. E o que

seria uma baixa quantidade, considerando que pouco mais de 1kg já deve ser considerada alta? Ambas as sentenças não explicam.

Nesse ponto, importante frisar que o delito julgado é tráfico de drogas, que exige para sua própria configuração quantidade apta à mercancia, e que, portanto, não se enquadre em mero uso. Portanto, ter uma quantidade minimamente razoável que se enquadre no conceito de mercadoria a ser comercializada é fundamental para a configuração do delito, não significando que a quantidade é elevada, mas sim que é necessária para existir o delito de tráfico.

No tocante à natureza, a primeira sentença tratava do tráfico de cocaína enquanto a segunda do tráfico de haxixe. Ambos os casos mereceram o endurecimento da reprimenda penal, o primeiro por uma suposta "alta capacidade de causar dependência física e psíquica" – ainda que desprovida de qualquer base científica indicada pelo Juízo –, e o segundo em razão da "elevada concentração (em torno de 14%) do princípio ativo THC (Tetrahidrocanabinol) em comparação com a 'maconha', sendo nociva à saúde e tão maléfica quanto às demais que são usualmente traficadas."

Possível perceber que ambas as sentenças não trouxeram argumentos para a elevação da pena-base pela natureza e quantidade, mas sim aportaram máximas já estabelecidas previamente. Ora, pode-se até admitir que a cocaína cause dependência física e psíquica, mas para que essa probabilidade seja considerada alta é porque ela também está inserida numa determinada escala, em que há substâncias com baixa probabilidade. Que parâmetros foram utilizados pelo julgador para se chegar a essa constatação? Tal informação não é dita, havendo omissão sobre tal ponto.

Além disso, o que significa dizer simplesmente que o haxixe possui concentração maior de THC do que a maconha? Sem a indicação do que um maior índice de THC – que, diga-se de passagem, também desprovido de qualquer indicação de estudo científico – é capaz de produzir no organismo humano, absolutamente nenhuma relevância essa informação tem na sentença.

Portanto, algumas perguntas revelam-se pertinentes diante dos argumentos mobilizados na segunda sentença condenatória: Se o haxixe é nocivo à saúde e tão maléfico quanto às demais drogas usualmente traficadas, significa que absolutamente todo tráfico de drogas deve ser majorado em razão da natureza da droga, seja ela de que tipo for? Isso não feriria o princípio da individualização da pena e a própria determinação do art. 42 da Lei 11.343/2006?

Quanto ao papel da motivação judicial, Geraldo Prado alerta para o fato de que

> é essencial à legitimação dela própria sob o ângulo do estado de direito, e no âmbito do processo penal constitucional a estrutura da decisão revela-se ainda mais saliente porque além de se cogitar do 'acerto do decidido' é necessário interrogar sobre os caminhos percorridos para o acesso aos meios e fontes de prova. (PRADO, 2014. p. 78)

Assim, o laudo pericial tem como objetivo constatar (ou não) a materialidade do entorpecente, isto é sua natureza, mas a valoração que recai sobre essa, para fins de fixação da pena, exige fundamentação judicial idônea que não recaia em meras afirmações vazias – com *status* de verdade absoluta -, compondo um círculo tautológico intocável por qualquer tipo de questionamento. É justamente contra a formação de crenças que o dever de motivação tenta se insurgir.

Portanto, a utilização de termos vagos e genéricos como "quantidade elevada" e "alta capacidade de causar dependência física e química" não preenchem o dever de motivação, constituindo-se em meras figuras de linguagem que embasam ideias pré-concebidas. Utilizando-se de tais expressões o julgador não permite o efetivo exercício do contraditório, e, por consequência, de um adequado, e eventual, duplo grau de jurisdição, pois que a insurgência racional contra palavras vazias e a produção de provas contra algo que não é um fato, mas uma abstração pré-construída, é uma tarefa de impossível execução.

CAPÍTULO 2. A DECISÃO JUDICIAL DENTRO DE UM SISTEMA DE CONTROLE EPISTÊMICO

A proibição da venda e consumo das drogas ilícitas, descritas na Lista F do Anexo I da Portaria 344, de 12 de maio de 1998 da Anvisa, supostamente se dá em razão do efeito nocivo produzido no organismo humano. Partindo desse pressuposto, a mera indicação desse fato numa sentença condenatória, para fins de majoração da pena, não preenche o dever de motivação e dá mostras de que não houve formação de processo de convicção, pois um dado supostamente "evidente" sobressaiu e atravessou o caminho. Quanto a esse aspecto, Geraldo Prado sustenta que

> [e]vitar a zona de contágio da evidência é a tarefa epistêmica do processo, que se arma de instrumentos para filtrar a maior parte das pulsões devoradoras das provas, porque é disso que se trata a evidência: algo que, ao dispensar a prova 'devora' os procedimentos probatórios, que são substituídos inconscientemente pelas crenças, em aparência imunes às tentativas das partes influenciarem na formação da convicção do juiz. (PRADO, 2014, p. 85)

Por outro lado, se devemos admitir que a atribuição de responsabilidade penal não é uma questão puramente epistêmica, mas também política, cabe perquirir quais são as políticas públicas que as decisões judiciais pretendem atender quando a elevação da pena no tráfico internacional de drogas torna-se uma regra a ser observada e legitimada.

Nesse sentido, Salo de Carvalho chama atenção para o fato de que

> a institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores – ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional -, a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública. (CARVALHO, 2014, p. 73)

Portanto, quando eventual sentença condenatória majora a pena do réu apenas com base em elementos que já constituem o próprio tipo penal (como o fato de o entorpecente causar danos à saúde) o processo judicial estará sendo utilizado como meio de propagação de ideologias (nesse caso, a preservação da "segurança nacional" é a principal delas), havendo violação aos valores do Estado de Direito, como por exemplo o dever de motivação, o qual não se satisfaz com razões vazias.

Quanto às duas sentenças analisadas, cujos trechos foram transcritos no capítulo anterior, o recurso a um dado evidente, como forma indevida de majoração de pena - pois que indevidamente motivado -, é o caminho utilizado por ambos os julgadores. Na primeira sentença é feita referência ao fato de a cocaína possuir "alta capacidade de causar dependência física e psíquica". Por sua vez, a segunda sentença refere-se à "elevada concentração (em torno de 14%) do princípio ativo THC (Tetrahidrocanabinol) em comparação com a 'maconha', sendo nociva à saúde e tão maléfica quanto às demais que são usualmente traficadas."

Percebe-se, assim, que o fato de a substância ser considerada um entorpecente listado na Portaria nº 344 da ANVISA já é suficiente para que a sua natureza seja avaliada de forma desfavorável no momento da fixação da pena, resultando em elevação da pena-base acima do mínimo legal.

Portanto, no processo de valoração que se faz acerca da quantidade e natureza da droga é possível optar-se por dois caminhos: no primeiro, o julgador pretende apenas alcançar uma finalidade política não externada e estranha ao processo: endurecer o combate ao tráfico de drogas, encarado como raiz do problema da (in) segurança pública. Situação, essa, que impede

a instauração de um real processo de convicção, pois que a crença serve de barreira à construção de processos decisório baseado exclusivamente em elementos de prova.

Por sua vez, no segundo caminho, a realidade condiciona o processo de interpretação, o que significa que há indicação acerca do universo comparativo que permitiu a tomada de conclusão por uma escala e não por outra – isto é, porque a droga é mais e não menos nociva ou porque a quantidade é alta e não baixa; – com indicação da base científica que possibilitou a formação da convicção especificamente quanto à natureza da droga.

O autor Daniel Gozáles Lagier, ao tratar dos problemas de classificação nos atos decisórios, aponta que a interpretação dos fatos tem *"uma finalidade que em última instancia es práctica o normativa*" (LAGIER, 2007), sendo que a alternativa para se combater as interpretações judiciais que pretendem atender ideologias de plantão, e que contribui para a formação de crenças impenetráveis, é o contraditório.

Nesse ponto, Lopes Jr. explica que o contraditório pode ser compreendido como "conflito, disciplinado e ritualizado, entre as partes contrapostas"[7] (LOPES JR, 2014, p.220) . Assim, perceber o processo como lugar, significa percebê-lo como campo de disputa entre acusação e defesa na produção de "pontos de vistas" sobre um determinado acontecimento.

Dessa forma, no desenvolvimento do processo, as partes, tanto Ministério Público quanto Defesa, devem apontar os motivos pelos quais a natureza e quantidade da droga devem ou não influenciar a fixação da pena, pois que a argumentação integra a produção de prova, e o laudo pericial, por si só, não diz nada além da constatação da materialidade.

Assim, as inferências que o julgador extrairá da informação constante no laudo pericial, e partir do contraditório exercido entre as partes, poderá ser epistêmica (convicção) ou não epistêmicas (crença) e um sistema de controle epistêmico servirá para filtrar o relato que o juiz irá realizar na sentença, constrangendo-o a indicar o caminho percorrido na formação de sua conclusão e, com isso, abrindo possibilidade para o uso adequado do duplo grau de jurisdição, se for o caso.

CAPÍTULO 3. POR MAIS COERÊNCIA E MENOS "LIVRE CONVENCIMENTO"

O livre convencimento motivado no processo criminal é identificado a partir da combinação de dois artigos, 155 do Código de Processo Penal e 93, inciso IX da Constituição. Consigna o artigo 155 do CPP[8] que o juiz formará sua convicção livremente, liberdade esta que possui limites segundo o código, pois expressamente veda a possibilidade de fundamentação da decisão exclusivamente em elementos informativos.

Dentro desse sistema, como é possível assegurar que a motivação não é mero disfarce para ocultar uma convicção, dando-lhe ares de convencimento? Perguntando de outro modo: se o julgador já estabelece de antemão que o crime de tráfico de drogas deve ser apenado com mais rigor do que a pena mínima legal, independentemente da quantidade e natureza do entorpecente, como será possível verificar se a motivação dada para o alcance de tal objetivo não é puro disfarce de uma crença já pré-estabelecida?

A motivação no processo cumpre uma função legitimadora, pois permite que o enunciado seja contestado com base nos caminhos ali exarados. Permitindo às partes resistirem ao pronunciado na sentença, demonstrando erro nos caminhos expostos e a buscarem em grau de recurso o pronunciamento de Estado que mais se aproxima com a sua versão dos fatos. Mas é possível perceber que a refutação será dificultosa quando o discurso oficializado do Estado não condizer com as razões que de fato o ensejaram.

Nesse aspecto, se por um lado o laudo pericial pode auxiliar na construção do contraditório, uma vez que o direito não é mera argumentação jurídica desprovida de elementos de prova, e a inferência não é nada sem o respeito à cadeia de custódia da prova; por outro lado, o laudo pericial pouco pode fazer diante de um julgador cegado pela crença, geralmente imbuído de "boas intenções" para com a sociedade, as quais geralmente estão atreladas à preservação da segurança nacional e saúde da população.

Assim, natureza e quantidade da droga podem facilmente ser transmudados em conceitos jurídicos-penais que cumprem uma função, pois que, como alertado por Zaffaroni, "a funcionalidade, entendida como efeito político dos conceitos jurídicos-penais, é um dado ôntico

[8] "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

que existe, percebamos ou não" (ZAFFARONI, 2010, p. 58). Nesse caso, a funçionalidade é o atendimento às crenças do julgador, as quais, por sua vez, atendem determinadas ideologias.

Assim, evitando os caminhos tortuosos do interpretativismo judicial para a exigência de uma "prática interpretativa que exiba coerência entre todos os tomadores de decisão ao longo do tempo" (MACCORMICK, 2008, p. 81), necessário que o julgador do caso concreto se atente para o fato de que

> as decisões judiciais não são justificadas em termos de seus efeitos direitos e imediatos nas partes envolvidas apenas (...), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (satisfazendo-se assim a exigência de justiça de que os casos iguais sejam tratados de forma igual). (MACCORMICK, 2008, p. 81).

Portanto, ainda que não seja exigível o pronunciamento de julgamentos idênticos em processos diversos, espera-se que o julgador mantenha coerência ao longo das decisões judiciais que for tomando no atuar profissional em casos similares. Dessa forma, as duas sentenças judiciais analisadas servirão de guia para a tomada de decisões futuras pelos mesmos julgadores, da mesma forma que a fundamentação de ambas está condicionada às sentenças pretéritas proferidas por esses mesmos juízes.

Assim, se hipoteticamente numa sentença pretérita foi decidido que 8kg de cocaína deve ser encarado como alta quantidade, na sentença subsequente não seria razoável decidir que 1.000kg também deve ser, pois não há qualquer parametrização entre as duas decisões. Portanto, a majoração da pena pela quantidade de drogas na primeira sentença analisada nesse artigo deve guardar coerência com as sentenças previamente proferidas pelo mesmo julgador.

Ainda nessa linha de raciocínio, considerando que a segunda sentença analisada valorou negativamente a natureza da substância haxixe, por possuir maior concentração de TCH, eventual condenação futura pelo transporte da maconha não pode sofrer majoração por esse motivo.

Nesse aspecto, as decisões judicias devem ter um DNA, agindo o "ontem" como limitação do "hoje" e o "hoje" como parâmetro para o "amanhã". Portanto, a concepção coerente do direito pode fazer frente às arbitrariedades proporcionadas pelo livre convencimento, pois que, de acordo com Ronald Dworkin,

> o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN, 2007, p. 71)

De qualquer forma, esse raciocínio não significa que não possa haver uma mudança de entendimento no meio do percurso, mas, caso haja, o ônus argumentativo do magistrado torna-se maior, uma vez que terá que justificar – racional e motivadamente – os motivos que agora o levaram à conclusão diversa.

Integridade e coerência não dispensam, de qualquer forma, a racionalidade e fundamentação que deve estar presente em qualquer sentença, pois que a mera reprodução de uma decisão judicial baseada em crença subjetiva sem substrato científico ou comprobatório em nada auxilia no combate aos arbítrios que habitam o "livre convencimento", pelo contrário, auxilia em sua propagação.

Nesse sentido, a mera referência genérica à quantidade elevada e natureza prejudicial da droga ao organismo humano não satisfaz o dever de motivação previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, ainda que guarde coerência com decisões pretéritas. Dessa forma, a mera repetição de crenças não pode ser considerada integridade, mas sim propagação reiterada de crença, carregada de ideologia.

Portanto, decidir o caso presente, atentando-se para suas particularidades, sem perder de foco o que já se decidiu - num processo racional de convicção - no passado, é crucial para romper com os decisionismos de ocasião, os quais costumam ser influenciados (ou assombrados) pela figura do réu ou aspectos secundários irrelevantes para a adjudicação de responsabilidade criminal.

CONCLUSÃO

Pensar o processo através de um fenômeno, no caso a valoração da quantidade e qualidade em sentenças condenatórias, é direcionar o olhar para algo que inicialmente parece simples, ou até mesmo insignificante, mas que traz em si complexas significações. O processo

como mecanismo estatal de produção da verdade, objetiva externar um discurso com aparência e efeito de verdade, gerando legitimidade para a aplicação ou não de uma sanção.

O processo criminal, visto sob uma dimensão epistêmica, não admite que verdade seja tomada como certeza e vice-versa, uma vez que a diferença entre ambas é marcante e de suma importância para se conferir inteligibilidade à sentença judicial. Nesse sentido, de acordo com o processualista italiano Michelle Taruffo,

> a verdade é objetiva e determinada pela realidade dos fatos de que se fala. A certeza, de seu turno, é um *status* subjetivo, dizendo respeito à psicologia daquele que fala e correspondendo a um grau elevado (...) de intensidade do convencimento do sujeito em questão (TARUFFO, 2012, p. 108).

Assim, nos processos judiciais em que se apura a prática do crime de tráfico de drogas, o laudo pericial acostado aos autos tem como objetivo certificar um fato, qual seja, a constatação de que aquele material é uma substância descrita na Lista F do Anexo I da Portaria 344, de 12 de maio de 1998 da ANVISA, o qual adquire *status* de verdade, pois que independe da convicção de qualquer pessoa para existir enquanto dado da realidade.

Porém, muito diversa, é a valoração que se faz sobre esse fato/verdade, pois que a conclusão no sentido de que se trata de muita, ou pouca, droga, que é mais, ou menos, nociva ao organismo humano, irá depender de um processo de racionalização/convencimento do sujeito, que no caso do julgador tem o dever de expor a linha de raciocínio percorrida e os parâmetros utilizados na formação de sua convicção.

Isso porque, sem parâmetros legais pré-definidos, a avaliação que recai sobre os dados da quantidade e natureza da droga é feita exclusivamente pelo julgador, a partir das argumentações desenvolvidas pelas partes, as quais necessariamente estarão limitadas pelas constatações objetivas do laudo pericial.

Ao se analisar a fundamentação da aplicação da pena de duas sentenças judiciais em casos semelhantes de tráfico internacional de drogas, o presente trabalho proporcionou a verificação de que o processo de formação da convicção dos julgadores nesses dois casos foi inexistente, pois que certeza foi tomada como verdade, indicando que a conclusão chegou muito antes de qualquer pergunta.

O rompimento com esse modelo de julgamento somente é possível com o estabelecimento de filtros epistêmicos, os quais, mediante o exercício do contraditório,

obriguem o julgador a indicar toda a linha de condução do seu raciocínio, inclusive, os parâmetros que o fizeram concluir que determinada quantidade é elevada ou determinada natureza do entorpecente é mais prejudicial do que outra.

E, além disso, necessário que a decisão judicial presente volte sempre o olhar para o passado, para decisões judiciais pretéritas proferidas pelo mesmo juiz, pois somente percorrendo-se tal caminho é possível afirmar que está havendo observância a uma linha coerente de atuação. Portanto, para se evitar o risco de captura dos processos racionais de decisão pelas ideologias de plantão, é que essa tarefa se revela necessária.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAGIER, Daniel Gonzáles. Hechos e Conceptos. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. nº 15, 2007.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal.* 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 220.

MACCKORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica. Elsevier, 2008.

PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

STRECK, Lênio. O Direito Brasileiro Atravessado pelo julgamento do Mensalão: Do "livre convencimento" aos dilemas da continuidade do positivismo. Revista dos Tribunais, ano 102, Julho de 2013, Vol 933.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. Direito Penal Brasieliro – II, i. 2ª ed. Revan: 2010.