



FACULDADE CAMBURY
ESCOLA DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**POSSIBILIDADE DE ADPF (ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL) NA LEI Nº 11.343/2006**

ORIENTANDO: HENRIQUE SANTOS BARBOSA
ORIENTADORA: PROFA. ESP. SARA CRISTINA ROCHA DOS SANTOS

**GOIÂNIA
2016**

HENRIQUE SANTOS BARBOSA

**POSSIBILIDADE DE ADPF (ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL) NA LEI Nº 11.343/2006**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina:
Trabalho de Curso III, curso de Direito, da
Faculdade Cambury, sob a orientação da Prof^ª.
Esp. Sara Cristina Rocha dos Santos.

**GOIÂNIA
2016**

ORIENTANDO: HENRIQUE SANTOS BARBOSA

**POSSIBILIDADE DE ADPF (ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL) NA LEI Nº 11.343/2006**

Data da Defesa: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Esp. Sara Cristina Rocha dos Santos

nota

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo verificar a possibilidade de impetração de ADPF na lei de prevenção do uso e repressão do tráfico de drogas no Supremo Tribunal Federal, exclusivamente no disposto do §2º do Art. 28, L11343 por ofender o princípio da *transcendentalidade* do direito penal. Desse modo se evidencia nos votos proferidos no STF em 2015 que a lei 11.343 de 2006 (lei de drogas ilícitas), em suas definições legais, não aduz apontamento de quantidade para o porte de droga a fim de diferenciar ou caracterizar se a pessoa comete o crime de tráfico de drogas (traficante) ou se é usuária (dependente). Igualmente se evidencia que a “omissão” proporciona certa contradição quanto ao efeito da *transcendentalidade* quando o agente infrator é pego na intenção de guardar a droga para o uso futuro. Daí o motivo para a elaboração desta monografia a fim de contribuir, ou pelo menos, no mínimo, demonstrar a existência de problemas pragmáticos nesta esfera.

Palavras-chave: ADPF. Direito Penal. Transcendentalidade.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO	5
CAPITULO I - PRINCÍPIOS E PRECEITOS FUNDAMENTAIS	8
1.1 O que é princípio?	8
1.1.2 Preceito fundamental	9
CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE ..	10
2.1 O conflito entre a <i>transcendentalidade</i> e o perigo social à saúde pública	11
2.2 Como os tribunais têm decidido	12
CAPÍTULO III - ADPF NA LEI 11.343 DE 2006	14
3.1 ADPF como possível objeto de reparação imediata da controvérsia constitucional no Supremo Tribunal Federal	14
3.2 Arbitrariedade dos juízes.....	15
CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS	20

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2015 um tema de repercussão geral ocupou a tribuna e as mesas dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário - RE 635659, em que se discutiu a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, a possibilidade da descriminalização do porte de drogas para o consumo próprio no nosso ordenamento jurídico a fim de garantir proteção de direitos individuais da pessoa humana.

O teor de repercussão geral (RG) foi reconhecido em 08/12/2011 pelo plenário do STF pelo então eminente ministro Gilmar Mendes, relator. Segue o texto da página 02 da 'RG no RE 635.659':

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal. Neste recurso extraordinário, fundamentado no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (fl.153). Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral. No caso, **a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria. Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.** Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

Acrescento ainda as informações prestadas pela assessoria:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 18 de novembro de 2011. O Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema/SP manteve decisão mediante a qual assentou a constitucionalidade do artigo 28, cabeça, da Lei nº 11.343/06. Consignou que a referida norma, ao não incluir o uso de drogas entre as condutas típicas, não puniria o vício propriamente dito, não havendo violação à liberdade individual. No extraordinário protocolado com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, o recorrente argui transgressão ao artigo 5º, inciso X, da Carta Federal. Sustenta a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo da Lei nº 11.343/06, porquanto tal norma ofenderia o direito à intimidade dos jurisdicionados. **Aduz garantir o Diploma Maior o direito de portar drogas para uso próprio, descabendo alusão ao fato de a conduta ser considerada crime. Salienta inexistir qualquer desrespeito a pessoas ou bens jurídicos no simples consumo particular de drogas, consistindo tal uso em mero exercício da vida privada. Sob o ângulo da repercussão geral, diz ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, sendo relevante do ponto de vista social, em face de atingir milhares**

de usuários de substâncias tóxicas que se encontram em situação idêntica. (p. 4 e 5 da RG no RE 635.659, 08/12/2011).

Ademais se evidencia nos votos proferidos no STF em 2015 que a lei 11.343 de 2006 (lei de drogas ilícitas), em suas definições legais, não aduz apontamento de quantidade para o porte de droga a fim de diferenciar ou caracterizar se a pessoa comete o crime de tráfico de drogas (traficante) ou se é usuária (dependente).

Também se evidenciará que a ‘omissão’ proporciona certa contradição quanto ao efeito da *transcendentalidade* quando o agente infrator é pego na intenção de guardar a droga para o uso futuro. Eis a síntese do motivo para a elaboração desta monografia a fim de contribuir, ou pelo menos, no mínimo, demonstrar a existência de problemas pragmáticos nesta esfera.

Este trabalho tem como cerne verificar a possibilidade de impetração de ADPF na lei de prevenção do uso e repressão do tráfico de drogas no Supremo Tribunal Federal, exclusivamente no disposto do §2º do Art. 28, L11343 por ofender o princípio da *transcendentalidade* do direito penal.

No ano de 2016, a lei 11.343 de 2006 completou dez (10) anos. Nesse tempo muito se questionou e ainda se questiona da real eficiência dela, eis que o número de pessoas presas por tráfico aumentou consideravelmente nas prisões tendo em vista que o objetivo da lei de 2006, que substituiu a lei nº 6.368 de 1976 (antiga lei de combate às drogas) foi a de retirar a pena privativa de liberdade do usuário que não é traficante.

Sugere-se que esse aumento excessivo de prisões, assim como o número de recursos versando sobre o princípio da *transcendentalidade* ou o mero porte, eis que na qualidade de usuário, têm fundamento no arbítrio atribuído ao julgador e é devido à falta de estipulação expressa de quantidade de porte que caracterize a figura do usuário.

Seria relevante a lei se adequar à tutela constitucional visto que no Novo Código de Processo Civil, o Art. 371 abateu-se do antigo e controverso termo quando da arbitrariedade do juiz na decisão que constava “livremente” quando diz atualmente “O juiz apreciará a prova...”.

Também a adequação se faz pertinente em momento de urgência, pois, como sabemos a produção e comercialização de drogas ilícitas é expressamente combatida e proibida pelo país. Dessa forma o viciado ou a pessoa que pretenda o uso de alguma substância ilícita terá que produzir ou terá que entrar em contato com criminosos e traficantes. Restam apenas essas duas opções, exceto para o usuário de droga sintética, pois este está obrigado a se aliar, direta ou indiretamente, ao traficante de drogas, sem restar outra opção,

dada a necessidade de equipamentos tecnológicos para sua produção, e não apenas mera plantação, colheita e uso.

O assunto sobre o uso de drogas é extenso e deve ser tratado holisticamente, contudo restringe este autor, para este projeto, na análise princípio lógica que deu motivação para incluir o usuário na proteção da lei de entorpecentes de 2006 e evidentemente sugere, como remédio constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com base na Lei 9.882 de 1999, sob o fundamento de lesão de direitos individuais da pessoa humana, resultantes de ato do Poder Público, quando da elaboração do dispositivo do §2º do Art. 28 da Lei 11.343 de 2006.

CAPITULO I - PRINCÍPIOS E PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente é imprescindível entender as vertentes de semelhanças entre princípio e preceito, sendo este último adotado pelo legislador constituinte de 1988. Vejamos.

1.1 O que é princípio?

Diz o jurista Almir Santos Reis Júnior¹(citação em notas): “Os princípios são fontes formais indiretas do direito penal. Mostram-se como fundamentos que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Sua importância é inquestionável, notadamente em ordenamentos positivos, como o brasileiro, pois propicia a exegese da lei e auxilia em sua interpretação para aplicação ao caso concreto.” “É o primeiro impulso dado a uma coisa; Principium, -ii; Origem, causa primária = BASE, FUNDAMENTO, ORIGEM; (dicio.pt)”.

O eminente jurista Miguel Reale explicita que princípios se referem a um gênero, ou seja, é evidente que os princípios abarcam muitas coisas gerais (e ao mesmo tempo), e são condicionantes para elaboração de novas normas.

Reale ensina que:

princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2003, p. 37).

Em outra enunciação o ilustre advogado Marcelo Harger, fundamentando os princípios como sendo tratamentos implícitos dentro do ordenamento jurídico, cintila sua importância como “vigas mestras” por representarem os valores positivados fundamentais da sociedade, ou seja, algo que não pode ruir. Diz ele:

normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade. (HARGER, 2001, p. 16)

O Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon atenta à natureza e a ligação dos princípios com o ordenamento jurídico para atuar como um elo nas relações para a busca de um resultado efetivo.

nas ciências jurídicas, os princípios tem a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com finalidade de atingir resultados eleitos; por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior as 'normas comuns' (ou de 'normas não principais'). (LUCON, 1999, p.92).

Por fim, toma-se a liberdade de elucidar uma visão particular de que os princípios são alegoricamente os príncipes de uma sociedade. Todos os legisladores, nos seus atos e deveres com o Estado e à administração do País, devem respeitar não apenas o Rei – a Constituição Federal -, como os princípios (príncipes – de principais) que são fórmulas reguladoras de valores fundamentais a serem inspirados para que haja respeito isonômico entre direitos individuais e coletivos, e que, portanto, devem ser observados, apreciados e discutidos intrinsecamente dentro dos órgãos públicos a fim de manter a harmonia máxima do sistema jurídico que rege a sociedade.

1.1.2 Preceito fundamental

Preceito é a regra; aquilo que se aconselha fazer ou praticar. Etm. Do latim: praeceptum.i. (ver dicio).

O artigo 102 da Constituição Federal diz:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]
 §1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

Levando em conta relacionar princípio com preceito, pode-se observar imensa singularidade de significado etimológico entre os dois termos. A forma de princípio e o preceito referem-se conjuntamente a tudo o que é fundamentado das garantias sociais e do indivíduo humano.

Paulo e Alexandrino (2008, p. 824), por exemplo, levantaram a seguinte tese:

Pensamos que a utilização da palavra "preceito" em vez de "princípio" teve como objetivo evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse restrito aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição Federal. Além disso, a utilização de uma expressão mais genérica, "preceito", permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como fundamental.

Caso contrário seria como edificar um muro separando todo e qualquer outro princípio que não esteja expressamente escrito na Carta da República, de algum outro país ou de um tratado internacional, por exemplo. Desta maneira, continuam os autores:

Outro ponto relevante assinalado pela doutrina em geral diz respeito ao fato de o texto constitucional mencionar "preceito fundamental, decorrente desta Constituição", o que estaria a denotar que não é necessário que se trate de uma norma expressa, estando protegidas pela ADPF também as normas implícitas fundamentais que se possam inferir da Carta Política como um todo. (Direito Constitucional Descomplicado, 2ª ed, Impetus, p. 824).

Ademais cumpre transcrever a consolidação desse entendimento quando do julgamento da ADPF 1-RJ, o Ministro Néri da Silveira, relator, fez uma citação de Oscar Dias Corrêa (Forense Universitária), abaixo reproduzida, válida como orientação geral:

Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos. (CORRÊA, 1991, p. 157).

Tendo em vista a percepção analítica ao conceituar preceito, também se pode fazer referência ao §2º do artigo 5º da Carta da República, que preceitua: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ele proclama que os princípios não expressos no texto constitucional estão incluídos em paridade com os expressos na Constituição Federal de 1988, e bem como os decorrentes de tratados internacionais.

Assim, nessas visões é evidente e plausível se tratar o princípio da *Transcendentalidade* de preceito fundamental no direito positivo brasileiro.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

Também, de antemão, é necessário transcrever em *lato sensu* o significado de Transcendental ou Alteridade. Vejamos:

Significado de Transcendental

adj.[Filosofia] Que pertence à razão pura, a priori, anteriormente a qualquer experiência, e que constitui uma condição prévia dessa experiência: segundo **Kant, o espaço e o tempo são dois conceitos transcendentais**. (Esta palavra não deve ser confundida com transcendente, pela qual é por vezes erradamente empregada.).

Significado de Alteridade (dicio.)

s.f.Caráter ou estado do que é diferente; que é outro; **que se opõe à identidade**. [Filosofia] Circunstância, condição ou característica que se desenvolve por relações de diferença, de contraste. (Etm. do latim: alter + idade). (dicio.)

O significado em relação com o sujeito é sublime quanto dá vontade humana, ou seja, o homem e a mulher, sem seus pensamentos, vontades e decisões próprias na sua relação íntima consigo mesmo.

2.1 O conflito entre a *transcendentalidade* e o perigo social à saúde pública

O jurista Claus Roxin foi o principal desenvolvedor, para o Direito Penal alemão, do princípio da *Transcendentalidade*, que também pode ser chamado de princípio da Alteridade.

Define-se tecnicamente em proibir a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que por essa razão se revela incapaz de lesionar o bem jurídico coletivo. Nesse sentido, o advogado brasileiro Nilo Batista (1990, p. 91):

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e não seja simplesmente pecaminoso e imoral. A conduta puramente interna, seja pecaminosa, imoral, escandalosa, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

Segundo a maior parte da doutrina, não configura *transcendentalidade* a partir do momento que se tem uma droga no bolso e se pretenda o uso futuro, pois já coloca em perigo a saúde da coletividade. Este é o posicionamento de Capez (2011, p. 33):

A Lei 11.343/2006 (lei de prevenção e combate ao uso de drogas) tipifica como crime, o simples fato de portar drogas para uso futuro, pois o que visa à lei é coibir o “perigo social”, evitando assim, facilitar a circulação de substância entorpecente pela sociedade. Existindo, dessa forma, transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, art. 28º - Lei 11.343/06.

Isso ocorre, pois não há um dispositivo legal que permita certa quantidade para o porte. A Lei 11.343/06 não cintilou a norma adequadamente e suficientemente para evitar que

o julgador não confunda traficante com usuário de droga, e assim, permite que se possa sempre condenar uma pessoa pega com droga ilícita fundamentadamente na sentença condenatória devido ao eminente risco causado à coletividade.

De fato, reiterando a ideia da interpretação de Fernando Capez, o uso imediato da maconha, por exemplo, caracteriza *transcendentalidade* e não fere o bem jurídico a não ser a própria subjetividade do usuário, o que é íntimo. Mas conquanto ele mantenha a droga no bolso e pretenda o uso futuro, seria classificado o crime, principalmente se o porte for de expressiva quantidade, pois coloca em perigo a saúde pública. Pode-se notar, portanto, que a lei trouxe a tutela do usuário ao mesmo tempo em que ela veio proteger ou continuar protegendo a saúde pública, sendo este ou aquele o bem jurídico central tutelado pela lei.

Dessa forma o uso de substância entorpecente constitui mera infração penal. A lei 11.343/2006 criminaliza aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traga consigo, para consumo pessoal e não daquele que usa a substância entorpecente.

Todavia, essa é uma interpretação que não é unânime. A meu ver, *data vênia*, esta é uma visão que quer condenar o usuário de drogas, objetivo este que não foi o núcleo (direitos humanos) para a elaboração de nova lei de drogas, que se tutelou especialmente na motivação de adicionar a figura do usuário de drogas, devido ao princípio fundamental da Alteridade, dentre outros princípios fundamentais de intimidade, vida privada e privacidade.

2.2 Como os tribunais têm decidido

A *Transcendentalidade* tem estrita relação com o direito de intimidade, que é a proteção dos atos íntimos da pessoa humana. Mas como funciona a aplicação na prática nos tribunais? Veja-se a seguir algumas linhas de decisões.

Tribunal de Justiça, TJ/DF:

PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. DICÇÃO DO ARTIGO 66, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.099/95. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO COMUM. PENAL. ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06. USUÁRIO DE DROGAS. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. PENAS APLICADAS EM SIMETRIA COM A CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA TRANSCENDENTALIDADE. NÃO VIOLADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DENÚNCIA RECEBIDA.

5. Afastada a reputada violação ao princípio da transcendentalidade, eis que a "lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação de substância entorpecente pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de uso próprio. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28."
6. Recurso conhecido e provido para cassar a decisão e receber a denúncia.

(Acórdão n.349453, 20070110022709RSE, Relator: DONIZETI APARECIDO, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27/11/2008, Publicado no DJE: 22/04/2009. Pág.: 188).

Nesse caso o julgador decidiu que não houve lesão ao princípio da *Transcendentalidade*, e sim um eminente perigo à coletividade, fazendo com que o órgão julgador acolhesse a denúncia.

Note que nem tráfico foi aferido na decisão, deixando evidente que um juiz pode muito bem optar por condenar qualquer pessoa, com base na lei 11343 de 2006, portando qualquer quantidade, pois fundamenta-se no risco causado à saúde da coletividade.

Também vale mencionar, que há perigo para a saúde da grande massa usuária de drogas que se sujeita a consumir as substâncias produzidas em laboratórios clandestinos, que sem qualquer higiene e prevenção produzem o que já faz mal, elevando o potencial de nocividade. Tão como ocorria na época da proibição do álcool nos Estados Unidos da América, em que muitas pessoas tinham problemas de saúde, e até faleciam, em decorrência da produção clandestina, portanto, não apenas em relação aos efeitos colaterais do álcool no organismo.

Veja-se agora outra decisão no sentido contrário.

Tribunal de Justiça, TJ/GO:

SENTENÇA - Relatório dispensado (§3º, art. 81, Lei 9.099/95).

Percebe-se que com o advento da Lei nº 11.343/06, a posse de substância entorpecente para consumo próprio foi despenalizada, embora a Lei não tenha desfeito a natureza jurídica de crime da conduta ora tipificada no artigo 28 do novel diploma, acabou por inviabilizar a persecução criminal, ante a falta de coercibilidade no cumprimento das penas ali previstas.

Isto porque a advertência, a frequência a cursos, e a prestação de serviços a comunidade, em caso de recalcitrância, só pode ser punida mediante a aplicação de multa, cuja fixação não raro se torna inócua por força da fraca condição econômica do autor do fato.

Diante das circunstâncias, verifica-se que é inviável a aplicação da pena na espécie, mesmo porque, as consequências do crime, por si só, penalizam de tal forma o agente, a ponto de tornar inofensiva a aplicação de sanção pelo estado, e nesse sentido o princípio da alteridade ou transcendentalidade, diz que ninguém pode ser punido por ter feito mal a si mesmo.

Ao teor do exposto, acolho o parecer ministerial para determinar o arquivamento dos autos por falta de justa causa para a punição do(a) autor(a) do fato.

[...]

(Porangatu, 17 de março de 2016. Juiz de Direito – Felipe Alcântara Peixoto.).

Aqui o julgador tomou em consideração o princípio da *Transcendentalidade* em face de pequena quantidade e ainda esboçou o sentido principiológico do advento da Lei 11.343/06, que é a de despenalizar usuário.

CAPÍTULO III - ADPF NA LEI 11.343 DE 2006

A lei 11.343 de 2006 no §2º do Art. 28 não faz menção de quantidade para porte de droga a fim de diferenciar se a pessoa comete o crime de tráfico de drogas ou se é usuária. Portanto, deixa ao arbítrio do julgador para os casos concretos.

Podemos perceber que há contraditas quanto aos efeitos da *transcendentalidade* no mundo jurídico na hora que o agente infrator é pego na intenção de guardar a droga para o uso futuro.

A falta do critério legal de portabilidade deixa reféns de constrangimentos qualquer pessoa que se permita, porventura, seja em alguma tragédia pessoal, em que a droga ilícita pode ser um meio de alívio para uma enfermidade para aquela pessoa, por exemplo, como tratamento alternativo, menos doloroso e sofrido, dos que assim não preferem fazer o uso de medicamentos de efeitos colaterais médios ou graves, tarja preta. Ainda é difícil imaginar, alguém capaz de enfrentar a burocracia para este fim.

De certa maneira resolveria o problema havendo expressa estipulação de quantidade (portabilidade) na Lei 11343/06, em que se não ultrapassada certa quantidade para tal substância, proporcional a sua nocividade, não caracterizaria tráfico e aliviaria certo risco para a saúde dos dependentes.

Contudo, de forma a evidenciar um meio de resolver parte da problemática, sugere-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, remédio constitucional, tendo como objetivo dar a devida proteção que merece o princípio da *Transcendentalidade* através da estipulação de certa quantidade de portabilidade que foi omitida pela Lei 11.343 de 2006 e que faz *jus* à proteção da vida privada de uma pessoa, também a fim de evitar constrangimentos com a polícia e dentre outras espécies de ilegalidades contra quem faz o mero uso particular de drogas.

3.1 ADPF como possível objeto de reparação imediata da controvérsia constitucional no Supremo Tribunal Federal

Inicialmente observa-se que:

A arguição, dessarte, tem potencialmente como objeto: a) qualquer ato (ou omissão) do Poder Público, incluídos os não normativos, que acarrete lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, visando a evitar ou reparar tal lesão; b) leis e atos normativos federais, estaduais e municipais (e também os distritais, inclusive os editados com fulcro nas competências municipais do DF), abrangidos os anteriores à Constituição, desde que exista acerca de sua aplicação

relevante controversia constitucional e que a aplicação ou a não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 820).

Tomando em conta um paralelo com a ADPF 130 que surgiu na Lei de Imprensa – ADPF contra dispositivos da Lei federal nº 5.250 de 1967 - no acórdão que julgou procedente a ação, o relator ministro Carlos Ayres Britto, quando aquele arguente invocou a regra da subsidiariedade que se lê no §1º do art. 4º da Lei 9.882/99 – Lei de ADPF, que da inicial faz parte o esclarecimento de que a Lei de Imprensa já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

Assim o objeto da ação constitucional seria a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante¹¹, de que o dispositivo do §2º do art. 28 da Lei 11.343/06 carece de interpretação conforme compatível com a Constituição Federal de 1988, quando não definiu a quantidade da substância apreendida, que não caracterize tráfico porquanto da contradição doutrinária existente de que não atinge a *Transcendentalidade* penal a pretensão para o uso futuro da própria substância, eis que tendem nesse sentido inúmeras decisões judiciais.

Cuida salientar que deve haver proporcionalidade entre *transcendentalidade* e risco à saúde pública. E que a estipulação de quantidade, neste sentido, aliviaria o extremo arbítrio, seja de qualquer um dos lados, livrar ou condenar o indiciado.

De acordo com o art. 3º da Lei 9.882/99 (ADPF), enfim, tem-se um preceito fundamental violado, e a prova da violação surge da própria controvérsia judicial sobre até onde se estende os efeitos e a aplicação do princípio da *transcendentalidade* em casos que usuários são pegos guardando a própria droga para uso futuro.

3.2 Arbitrariedade dos juízes

Ademais, é muito importante perceber o estudo de que, com base na garantia de fundamentação das decisões judiciais prevista no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, os tribunais têm repetido que não é necessário que o juiz enfrente todas as teses e questões levantadas pelas partes, contanto que venha a decidir fundamentadamente.

A discricionariedade somada à omissão da definição de usuário pela Lei 11.343/06 dá a porta para que o juiz eventualmente deixe de enfrentar todas as teses apresentadas pelas partes, decidindo fundamentadamente mesmo assim.

Sobre este teor expressa o Procurador Pablo Bezerra²(citação em notas): “Em apoio a essa postura, os discursos judiciais costumam ser entremeados por citações de expressões

latinas como *narra mihifactumdabotibijus* (narra-me os fatos que te darei o direito), como forma de libertar os juízes do dever de prestar contas sobre o que foi debatido no processo. Usando essa expressão, os julgadores entendem-se desobrigados de deliberar sobre os argumentos jurídicos apresentados pelas partes, pois a palavra por eles dita seria inevitavelmente o direito. A decisão judicial, nesse estado de coisas, não deriva propriamente da dinâmica do processo, nem da ação, nem da defesa, assemelhando-se, em verdade, a um dito divino ou mágico. O princípio é o verbo, puro e simples, e não o diálogo ou a deliberação.”

E continua²(citação em notas): “entretanto, a partir da percepção de que é o contraditório o princípio basilar e inarredável de todo o direito processual, nota-se que a norma do inciso IX do artigo 93 da CF, os dizeres dos artigos *11 e 371 do CPC*, e as expressões latinas citadas são, em verdade, fatores de constrição do discricionarismo judicial. Encerram deveres e limites à magistratura e direitos às partes e à sociedade em geral. O contraditório, muito mais do que uma franquia de simples participação formal no processo, é a possibilidade de influir na construção de uma decisão estatal, garantida com o dever de os órgãos de decisão deliberarem a respeito dos argumentos produzidos. É, enfim, fator de legitimação do exercício do poder estatal.”

Por fim o autor diz que²(citação em notas): “Num quadro em que o princípio é o verbo da autoridade, não é de se estranhar que haja tantos recursos em que as partes questionam a total ausência de deliberação sobre suas teses. Ao decidirem esses recursos, costumam os tribunais enunciar, à exaustão, é certo, que “o juiz não está obrigado a deliberar sobre todas as teses apresentadas pelas partes, conquanto que decida de forma fundamentada nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição”, e citam-se aos borbotões julgados que repetiram essa cantilena enfadonha e antipática, mas uma ideia como essa frustra frontalmente o princípio do contraditório, a título de dar cumprimento à regra do artigo 93, IX, da Constituição.”.

Também é pertinente fazer menção que em razão do princípio da proporcionalidade o eminente Min. Gilmar Mendes em voto proferido no RE 635659 (em que figura Francisco Benedito de Souza x MPSP) afirma, por meio de uma análise realizada por pesquisadores sobre o estudo da violência do Estado de São Paulo o seguinte:

Notou-se na pesquisa certo padrão nos flagrantes sobre tráfico de drogas. Na sua maioria os flagrantes são realizados pela polícia militar, em via pública, e em patrulhamento de rotina. Revela a pesquisa que também se prende no geral apenas uma pessoa na ocorrência e a prova se limita na regra ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão. Observou-se ainda que a média de apreensão

66.5gramas de droga. Constatou ademais que os autuados representa uma parcela específica da população, jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondendo ao processo com privação da liberdade. Ao final alerta os pesquisadores que, apesar de a nova lei não dispor sobre o modo de atuação das polícias no combate ao tráfico de drogas à questão que se coloca diz respeito à eficiência, a eficácia, aos custos e as consequências desse modelo posto em prática. Essa estratégia de combate expressa de forma ambígua no sentimento colocado por parte de boa parte dos profissionais entrevistados ‘enxugar gelo, mas necessária’ além de ter se mostrado ineficiente, pois após apreendidos os jovens são logo subsumidos por um exército de reserva produz apenas o aumento da massa carcerária aprofundando a crise do já fracassado sistema carcerário.”

“Neste contexto, presidente, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação aos usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre o usuário e o traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade. (RE 635659 – STF – 2015).

Tendo em vista estas concepções apresentadas, é salutar que toda norma garanta o contraditório, expressando e cintilando de forma iminente os caminhos que o juiz deve tomar na hora da decisão, num arbítrio de vigor, ou seja, flexível aos fatos, e sadio em garantir direitos, e não num arbítrio de rigor, o qual propicia abertura para uma rigidez de opinião, qual seja *v.g.* profunda aversão às drogas ilícitas e seus usuários, permitindo com que preconceitos íntimos possam influenciar na hora da decisão judicial.

Por fim, não cabe a este autor discutir sobre a ética e a moral de um juiz, eis que pertence a cada ser humano no mundo de ações, entretanto, não obsta revelar a fragilidade da regra do §2º do Art. 28 da Lei 11.343 de 2006.

CONCLUSÃO

A verdade no íntimo de uma pessoa prevalece acima de tudo, e se ela quiser fazer o uso de certa substância, ela vai conseguir. Mesmos os países mais radicais atualmente no combate às drogas, como o país das Filipinas, que executam a pena de morte (através dos próprios policiais e em qualquer local público) para os que apenas usam, não impedem totalmente a circulação e o uso, nem impedem a conduta, pois cada ser humano possui liberdade em suas condutas íntimas, contanto que não desrespeitem e nem prejudiquem o bem jurídico de terceiros.

O Poder Público zelou pela saúde pública não permitindo e combatendo o mercado de substâncias ilícitas consideradas de risco para a saúde psíquica e física da sociedade, e da mesma forma fez zelar pela *transcendentalidade* quando criou em 2006, a figura do usuário, impedindo a aplicação de pena privativa de liberdade às pessoas que fossem pegas fazendo o uso, porém não está em exata consonância com a CF/88 devido ao caráter omitido de portabilidade e abertura de discricionariedade.

E será que a lei de combate às drogas alcançou êxito em respeitar garantias deixando de evidenciar um critério fixo que estabelecesse a diferença de usuário e traficante na quantidade de droga que possui? Pois é óbvio que para que se faça o uso, mesmo que seja por questões de segundos, a pessoa estará portando, e neste momento a pessoa será criminosa? Refém de constrangimento?

Podemos até perceber que o Estado gasta mais dinheiro e recursos no combate e repressão, e nos gastos públicos com presidiários, quando por outro lado, poderia buscar meios de regulamentar e tributar drogas, deixando, por um lado, a droga menos perigosa e insalubre devido aos laboratórios clandestinos, e usar parte da arrecadação para criar assistência de alto nível aos viciados e principalmente: programas de conscientização para que as crianças não usem drogas, por verem que não vale a pena, como é o caso do uso de tabaco.

Diante de muitos fatos sociais e íntimos, as pessoas sempre buscaram fazer o uso de drogas e continuarão. Não cabe estabelecer juízo de valor quanto da intencionalidade do ato de portar para usar, mas sim das consequências criminosas que podem acarretar para o próprio usuário, no envolvimento com criminosos, constrangimentos legais, lesões da imagem e intimidade, que muitas vezes podem vir a atingir certas pessoas que buscam a fuga de um problema particular de saúde aparentemente menos danoso ou sofrido, ou ainda, estritamente íntimo na escolha do uso de determinada droga ilícita.

Portanto, *data vênia*, a lei 11.343/2006 precisa de uma reforma. E uma maneira hígida de sanar o problema pode ser a definição, ou seja, a estipulação expressa e constitucional do porte de drogas para consumo próprio a fim de diferenciar traficante do usuário de forma criteriosa, judicialmente, tirando a carga de excessiva discricionarietà dos juízes, nestes casos, sob o fundamento de oferecer perigo a *transcendentalidade* de alguém, preceito fundamental.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988, contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.
- HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo: RT, 1999.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTAS

¹ Mestre em Direitos da Personalidade. Especialista em Docência no Ensino Superior. Docente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do Centro Universitário de Maringá. Docente licenciado do Centro Universitário de Mandaguari. Líder do Grupo de Pesquisa em Personalidade, Cidadania, Justiça e Desenvolvimento Sustentável no Âmbito Jurídico. Advogado criminalista militante em Maringá.

² Nestas considerações o procurador do Banco Central Pablo Bezerra Luciano contribuiu para a pesquisa jurídica publicando artigo que trata do dever constitucional que obriga o juiz a fundamentar decisões. Foi pertinente a obra, pois, mesmo com a alteração do Código de Processo Civil, versava sobre a *narramihifactumdabotibi jus*. (conjur.com.br). AUTORITARISMO JUDICIAL, 2013.

³ Anais Eletrônico VIII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar UNICESUMAR – Centro Universitário Cesumar Editora CESUMAR Maringá – Paraná – Brasil.

¹¹ Efeito vinculante de decisão superior: efeito obrigatório de uma decisão definitiva tomada em instância superior, sobre as decisões de instância inferior, que devem acompanhar aquela. Quanto às súmulas de jurisprudência dos Tribunais Superiores, têm caráter meramente orientador, sem efeito vinculante. No Brasil, a EC 45, de 8.12.2004, trata da matéria no art. 8º assim: “Art.8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, Dicionário Jurídico, ed. RIDEEL, p.328.