



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**Raffaella Zaccarini Barbosa**

**ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DO  
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PORTAR DROGAS PARA  
CONSUMO PESSOAL NO ÂMBITO DO STJ E STF: PRINCIPAIS ARGUMENTOS A  
FAVOR DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO NO RE 635.659/SP.**

**Brasília**  
**2016**

**Raffaella Zaccarini Barbosa**

**ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DO  
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PORTAR DROGAS PARA  
CONSUMO PESSOAL NO ÂMBITO DO STJ E STF: PRINCIPAIS ARGUMENTOS A  
FAVOR DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO NO RE 635.659/SP.**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB como  
um dos pré-requisitos para obtenção de título  
de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: José Carlos Veloso  
Filho.

Brasília

2016

**Raffaella Zaccarini Barbosa**

**ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICAÇÃO DO  
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PORTAR DROGAS PARA  
CONSUMO PESSOAL NO ÂMBITO DO STJ E STF: PRINCIPAIS ARGUMENTOS A  
FAVOR DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO NO RE 635.659/SP.**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB como  
um dos pré-requisitos para obtenção de título  
de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: José Carlos Veloso  
Filho.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de\_\_\_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

**José Carlos Veloso Filho**

---

**Examinador**

---

**Examinador**

## RESUMO

A presente monografia faz uma análise do crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006, qual seja, o crime de portar drogas ilícitas para consumo pessoal, observando as Políticas de Drogas, bem com as inovações trazidas. Ademais, realiza investigação sobre a (im)possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Para tanto, será feita análise quanto ao conceito, princípios fundamentais, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como os requisitos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do princípio da insignificância, com a finalidade de explorar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, faz uma breve explanação sobre a possibilidade da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, conforme Recurso Extraordinário 635.659/SP. Vale ressaltar que já possui três votos a favor da descriminalização. No entanto, cada um com suas peculiaridades.

**Palavras-Chave:** Princípio da Insignificância. Aplicação. Requisitos. Porte Ilegal de Drogas. Descriminalização. Votos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1. ASPECTOS JURÍDICOS DO CRIME DE PORTAR DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL</b> .....	9
<b>1.1 Da legislação sobre drogas no Brasil a partir do Código Penal de 1940.</b> .....	9
<b>1.2 Aspectos gerais da atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2016)</b> .....	12
<b>1.3 Do crime de portar drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006)</b> .....	19
<b>2 APLICAÇÃO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PORTAR DROGA PARA CONSUMO PESSOAL NO ÂMBITO DO STJ E DO STF</b> .....	24
<b>2.1 Fundamentos do Princípio da Insignificância</b> .....	24
2.1.1 <i>Princípio da Igualdade</i> .....	24
2.1.2 <i>Princípio da Liberdade</i> .....	26
2.1.3 <i>Princípio da Subsidiariedade</i> .....	27
2.1.4 <i>Princípio da Fragmentariedade</i> .....	28
2.1.5 <i>Princípio da Proporcionalidade</i> .....	29
<b>2.2 Princípio da Insignificância</b> .....	30
<b>2.3 Aplicação do Princípio da Insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal.</b> .....	38
2.3.1 <i>Entendimento doutrinário</i> .....	38
2.3.2 <i>Superior Tribunal de Justiça</i> .....	42
2.3.3 <i>Supremo Tribunal Federal</i> .....	45
<b>3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659\SP.</b> .....	49
<b>3.1 Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no RE 635.659/SP</b> .....	51
<b>3.2 Voto do Ministro Edson Fachin no RE 635.659/SP</b> .....	59
<b>3.3 Voto do Ministro Roberto Barroso no RE 635.659/SP</b> .....	65
<b>CONCLUSÃO</b> .....	72
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	76

## INTRODUÇÃO

A presente monografia fará análise, inicialmente, sobre a aplicação do princípio da insignificância no crime de portar droga para consumo pessoal, crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que são diversas as discussões no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, porquanto, os próprios Ministros possuem entendimentos diversos sobre a aplicação. Ademais, a doutrina também não apresenta posicionamento pacífico sobre a aplicação ou não do princípio da insignificância no crime de portar drogas para consumo próprio.

O princípio da insignificância não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro de maneira expressa, porquanto, foi criado pela doutrina e, desde muito tempo, é adotado pela jurisprudência nos casos em que a conduta de determinado agente possui pouca ou nenhuma relevância jurídica para o Direito Penal.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento onde fixou vetores que norteiam a aplicabilidade do presente princípio. Assim, tendo em vista a quantidade de processos que tramitam em nosso Poder Judiciário, existem casos que não necessitam de uma resposta punitiva do Direito Penal, tendo em vista a insignificante lesividade de determinada conduta praticada pelo agente.

Destarte, o trabalho desenvolvido pretende demonstrar a possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal. Neste sentido, o delito definido no art. 28 da Lei 11.343/2006 prevê que, para que haja ocorrência do tipo penal, o agente deve ter consigo pequena quantidade de droga, com a finalidade de consumi-la. Em virtude dessa determinação, parte da doutrina e parte da jurisprudência entende pela não aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, uma vez que considera que o crime é um atentado a saúde pública, e outra parte entende que o ato de portar drogas para consumo próprio é um ato que prejudicará somente a sua saúde e que, portanto, caberia aplicação do princípio.

Ademais, entender ser aplicável o princípio da insignificância, em razão da conduta de portar drogas para consumo próprio por não trazer qualquer perigo para a sociedade, assim como não estar presente, na conduta, a lesividade e a alteridade, é levar à negativa da constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal. Portanto, o ideal seria arguir a inconstitucionalidade da norma.

Neste sentido, foi interposto Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP, arguindo a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sob o fundamento de que o crime tipificado é um crime que não produz qualquer lesão a bem jurídico alheio e que, não há qualquer risco para bem jurídico tutelado, em especial, para a saúde pública. Alega, ainda, que a incriminação ofende as garantias fundamentais do cidadão, notadamente, a intimidade e a vida privada, ambos garantidos pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

Para defrontar essas questões, o trabalho será dividido em três capítulos. Inicialmente, será feita análise quanto à legislação sobre drogas no Brasil, bem como sobre as inovações trazidas pela Lei 11.343/2006, especialmente, no que diz respeito ao crime de portar drogas para consumo pessoal.

No segundo capítulo será tratado especificamente sobre o princípio da insignificância, assim como sua aplicabilidade no crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006. Para isso, inicialmente, é feita análise sobre sua origem, conceito, fundamentos e natureza jurídica do princípio da insignificância, uma vez que, por não estar expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, causa diversas incertezas em relação a sua aplicação. Além disso, será feita explanação sobre os critérios e limites acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a sua aplicação.

Por fim, no terceiro capítulo, será feito estudo sobre a possível descriminalização do crime de portar drogas para consumo próprio, tendo como base o Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP, bem como os três votos já proferidos no bojo da ação,

do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Ministro Luiz Edson Fachin e do Ministro Luis Roberto Barroso. O Recurso Extraordinário traz o questionamento sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), a partir da condenação de um indivíduo flagrado com 3 (três) gramas de maconha em um invólucro no interior de seu marmiteix no Centro de Detenção Provisória em Diadema - SP, sendo condenado a 2 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos a comunidade ou entidade pública.

Diante do exposto, o objetivo principal da presente monografia é averiguar o posicionamento dos tribunais superiores sobre a aplicação do princípio da insignificância, no intuito de desvendar se o crime de portar drogas para consumo pessoal requer a atenção e, principalmente, a resposta punitiva do Estado.



## 1. ASPECTOS JURÍDICOS DO CRIME DE PORTAR DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

A política sobre drogas, nas últimas décadas, vem sendo cada vez mais debatida e objeto de diversas discussões e controvérsias. Hoje, o assunto, não chama mais a atenção somente dos especialistas, mas sim, da população em geral. E isso ocorre porque o problema deixou de ser difuso e passou a afetar a todos diretamente <sup>1</sup>.

Portanto, a prevenção ao uso de drogas faz-se necessária em todos os contextos sociais – comunidade, escola e família – devido a sua complexidade e os mais diversos prejuízos causados pelo uso e dependência das drogas, vez que, a partir do primeiro momento em que o indivíduo desenvolve a doença chamada “dependência”, o uso passa a ser compulsivo e acaba destruindo suas melhores qualidades, contribuindo para a desestabilização da relação com a família e com toda a sociedade <sup>2</sup>.

Posto isto, no presente capítulo será feita explanação sobre a legislação brasileira de drogas a partir do Código Penal de 1940. Posteriormente, far-se-á exposição dos principais dispositivos da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2016).

### 1.1 Da legislação sobre drogas no Brasil a partir do Código Penal de 1940.

O Brasil estabeleceu a proibição do tráfico de drogas no Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de Dezembro de 1940 (Código Penal), em seu artigo 281. O respectivo artigo estabelecia que importar, exportar, vender ou expor a venda, fornecer (mesmo que a título gratuito), transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer forma, entregar para consumo qualquer substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, incorreria nas penas de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, de 2 (dois) a 10 (dez) contos de réis. Ademais, se o

---

<sup>1</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 17.

<sup>2</sup> DIEHL, Alessandra; FIGLIE, Neliana Buzi. **Prevenção ao Uso de Álcool e Drogas**: O Que Cada um de Nós Pode e Deve Fazer? Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 16.

agente fosse farmacêutico, médico ou dentista, a pena de reclusão aumentaria para 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, de 3 (três) a 12 (doze) contos de réis. Além do que, as penas também seriam aplicadas àqueles que instigassem ou induzissem alguém ao consumo das drogas; que utilizasse local, de que tivesse propriedade, posse ou administração, ou vigilância ou consentisse que outrem dele se utilizasse para o mesmo fim; ou àquele que contribuísse de qualquer forma para o incentivo ou difusão do uso de substância entorpecente. As penas aumentariam em um terço, se a substância fosse entregue, vendida, aplicada a menores de 18 (dezoito) anos <sup>3</sup>.

Posteriormente, o artigo 281 foi modificado pela Lei 4.451 de 04 de novembro de 1964, acrescentado o verbo “plantar” no caput do artigo.

O artigo foi novamente alterado pelo Decreto-lei n.º 385 de 26 de Novembro de 1968, modificando os valores das multas, e principalmente a alteração do parágrafo 4º, passando a dispor que “as penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos”.

A Lei n.º 5.726 de 29 de outubro de 1971, substituiu o Decreto-lei e regulamentou medidas preventivas de repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica etc. <sup>4</sup>.

Posteriormente, entrara em vigor a Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976, regulamentada pelo Decreto nº 78.992 de 21 de dezembro de 1976, revogando todas as disposições em contrário, em especial o artigo 311 do Decreto-lei n.º 1.004/1969 com as alterações da Lei n.º 6.016/1973 e a Lei n.º 5.726/1971, com exceção do artigo 22 <sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2016.

<sup>4</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem

No ano de 2002, pode-se assegurar que houve a alteração considerada a mais significativa para a legislação brasileira sobre drogas. Desde 1976, estava em vigor a Lei 6.368/1976, “que não mais servia a refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas”<sup>6</sup>. Constatou-se, portanto, pela indispensável necessidade de atualização da legislação.

Foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 10.409/2002, tendo como principal objetivo a atualização da legislação e a tentativa de solucionar os diversos problemas da lei anterior, observando as complexidades da criminalidade no século XXI. Porém, a técnica legislativa utilizada para elaboração das disposições desta lei sofreram diversos vetos pelo Presidente da República, o qual considerou diversos trechos ofensivos a Constituição e ao interesse público<sup>7</sup>.

Tendo em vista os diversos vetos pelo Presidente da República, incluindo a integridade do Capítulo III, que tratava dos crimes e das penas, passaram a vigor, concomitantemente, a Lei 10.409/2002 e a Lei 6.368/1976<sup>8</sup>.

Apesar disso, ainda no ano de 2002, o Poder Executivo encaminhou projeto o Projeto de Lei 6.108, na qual previa diversas alterações na Lei 10.409/2002. No entanto, o projeto de lei foi alterado integralmente pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico da Câmara dos Deputados<sup>9</sup>.

Concomitantemente, a Comissão Mista de Segurança Pública do Congresso Nacional, composta por parlamentares da Câmara dos Deputados e Senado Federal,

---

dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

<sup>6</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 18

<sup>7</sup> Ibidem, p. 18

<sup>8</sup> Ibidem, p. 18

<sup>9</sup> Ibidem, p. 18

elaborou novo projeto (Projeto de Lei 7.134). Após, o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados <sup>10</sup>.

Após ser encaminhado para a Câmara dos Deputados, os projetos foram unidos e apensados, seguindo como Projeto de Lei 7.134/2002.

Tendo em vista a necessidade de apresentar a versão final da nova Lei de Drogas, foi criado novo grupo de trabalho formado por técnicos de diversos setores do Poder Executivo e do Poder Legislativo, com intuito de criar novo substitutivo ao projeto de lei em tramitação, de forma que matéria apresentada tivesse sido contemplada por equipe multidisciplinar <sup>11</sup>.

Após quatro anos, foi sancionada a Lei 11.343/2006, atual lei de drogas, com poucos vetos presidenciais que não alteram a essência do projeto.

## **1.2 Aspectos gerais da atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2016)**

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuário e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crime e dá outras providências <sup>12</sup>.

A nova Lei de Drogas é dividida em 6 (seis) títulos, quais sejam, (I) disposições preliminares; (II) o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas; (III) as

---

<sup>10</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 19.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2016.

atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; (IV) a repressão á produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; (V) a cooperação internacional; (VI) e as disposições finais e transitórias.

A partir da leitura da estrutura da nova Lei de Drogas, é possível extrair o entendimento do objetivo principal – a separação entre prevenção ao uso e a repressão ao tráfico.

Portanto, percebe-se que a principal mudança realizada pela nova Lei de Drogas é o diagnóstico de que o uso de drogas ilícitas é uma realidade e que seus efeitos representam um grave problema social e, que não seria suficiente taxar os usuários de drogas como bandidos ou criminosos impondo-lhes pena de reclusão – ficando o indivíduo exposto a todas as consequências do sistema de repressão – e privando-os da assistência devida pelo Estado <sup>13</sup>.

Neste contexto, a Lei 11.343/2006 diferenciou o tratamento do traficante e do usuário de drogas. As medidas repressivas são direcionadas para os traficantes e as medidas de proteção, para os usuários. Em suma, incutiu a ideia de que o uso de drogas é uma questão, primordialmente, de saúde, deixando para a polícia as questões relacionadas aos traficantes <sup>14</sup>.

Conclui-se, portanto, que o principal objetivo da nova lei foi desagregação do tratamento jurídico dispensado ao traficante e ao usuário. Esse nova linha de pensamento pode ser observada na própria nomenclatura do atual sistema, no qual deixou de ser “Sistema Nacional Antidrogas” para transformar-se no “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”. Desse modo, o Estado deve pautar-se por programas de ação, com o objetivo de alcançar os fins propostos pela nova lei <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 21

<sup>14</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 21.

Em continuidade, há nova previsão na lei de implementação de ações que visem à redução dos riscos e dos danos à saúde <sup>16</sup>. Além do mais, foi reconhecida, na própria lei, que o tratamento é medida especial e que deve ser aplicada aos dependentes que consentirem, ou seja, o dependente de drogas deve estar ciente de que a droga consumida é um mal que se insere não só na sua qualidade de vida, mas também na sua relação com a sociedade em geral. Assim, exige-se que o usuário queira e esteja disposto a mudar seus hábitos, pelo seu próprio bem e da sociedade.

O art. 3º da nova Lei de Drogas criou o Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas com dupla finalidade – primeiro, a prevenção do uso indevido de drogas ilícitas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes e, segundo, a repressão da produção indevida e do tráfico ilícito de drogas <sup>17</sup>. A prevenção do uso indevido deve ocorrer por intermédio da educação sobre a nocividade, características e consequência do uso das drogas, a ser tratada nas diversas instâncias, entre elas, na família, por meio do diálogo entre pais e filhos; na escola, por meio dos professores ou especialistas que ministrem cursos, palestras, filmes etc., proporcionando orientação adequada aos alunos<sup>18</sup>. A reinserção social do usuário ou dependente de drogas se dá na medida em que o usuário ou o dependente aprende uma linguagem específica e uma cultura própria das pessoas compreendidas nesses ambientes, passando a ser estigmatizados pelos que não partilham dessas práticas, devendo, no entanto, o usuário ser reintroduzido na sociedade e não sofrer permanentemente o estigma de drogado<sup>19</sup>. No que diz respeito à repressão do tráfico ilícito, leva-se em consideração que seu objeto principal é o lucro mediante a atividade ilícita, a qual não traz qualquer benefício para a comunidade. Com isso, deve fortemente combatida <sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 21.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>18</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 6.

O art. 4º da nova Lei de Drogas aponta os princípios a serem seguidos pelo Sisnad, ratificando o que já foi exposto, que é reconhecer que o uso de drogas é um problema social e deve ser precavido por meios adequados, não se limitando apenas em sanções penais, visando a garantia de estabilidade e bem-estar social.

Os objetivos do Sisnad estão previstos no art. 5º da Lei, através de normas de caráter programático <sup>21</sup>, na qual apresentam instruções que os órgãos do Sisnad deverão seguir na elaboração de políticas públicas e na promoção de atividades de que trata a Lei <sup>22</sup>. Entre eles está a cooperação para inclusão social do cidadão, com a finalidade de torná-lo menos vulnerável a comportamentos de risco; construção e socialização da compreensão sobre os efeitos das drogas; promoção de políticas de agregação entre as políticas de prevenção, atenção e reinserção social dos usuários, bem como dos dependentes e a contenção à produção ilegal e ao tráfico ilícito e as políticas públicas nas esferas dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios <sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> “São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 218.

<sup>22</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. 36 p.

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016

Um dos grandes problemas que o Poder Público se defronta é a inexistência de dados reais sobre ocorrências que acometem o Estado<sup>24</sup>. Portanto, essa falta de dados dificulta a elaboração do planejamento de atuação e formulação de políticas públicas, porquanto, a partir da constatação de onde está o problema é que se pode efetivamente fazer mudanças e melhorar o que não está bom<sup>25</sup>. Neste sentido, dispõe o art. 16 da Lei de Drogas que as instituições que atuam nas áreas da saúde e assistência social, que realizem atendimentos a usuários e dependentes de drogas, devem relatar ao órgão competente, os casos atendidos e óbitos ocorridos, sempre preservando a identidade das pessoas. Ademais, de acordo com o art. 17 “os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo”.

Retomando a ideia de divisão de tratamento entre traficante e usuário implementado pela nova lei de drogas, o art. 18 da Lei 11.343/2006 disciplinou as atividades de prevenção, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes. Assim, “constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, [...], aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção”<sup>26</sup>. Os fatores de proteção seriam aqueles capazes de afastar os potenciais usuários das drogas, entre eles o incentivo às atividades culturais, profissionais, artísticas, esportivas etc. Esses fatores de proteção serviriam como antídoto para o combate as drogas, pois com a mente e o corpo sãos será propiciada acentuada melhoria na qualidade de vida daquelas pessoas suscetíveis a serem usuárias de drogas, além de propiciar sua inclusão social, o que, também, será

---

<sup>24</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.



óbice para que ela se torne usuário ou dependente <sup>27</sup>. Ademais, as atividades de prevenção do uso indevido devem observar princípios e diretrizes específicas <sup>28</sup>.

As diretrizes ou os caminhos a serem traçados pelas atividades de prevenção estão dispostos no art. 19. Entre elas está o reconhecimento de que o uso de drogas interfere na qualidade de vida do usuário e da comunidade a qual pertence; formulação de conceitos objetivos, com fundamentação científica; a consolidação da autonomia e responsabilidade individual, no que diz respeito ao uso de drogas; estabelecimento de parcerias com o setor privado e os diversos seguimentos sociais; reconhecimento do “não-uso” e “retardamento do vício” como resultado da prevenção; atendimento especial para os mais vulneráveis; articulação entre os serviços e organizações que atuam nas atividades de prevenção; investimentos nos fatores de proteção; estabelecimento de políticas de formação continuada para profissionais da educação; implementação de projetos pedagógicos de prevenção e o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas <sup>29</sup>.

Ademais, no art. 20 da Lei de Drogas estabelece que são consideradas atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas, bem como aos respectivos familiares, aquelas que possuem como objetivo a melhora da qualidade de vida e a diminuição dos riscos e danos relacionados ao uso de drogas ilícitas. Este artigo, como se percebe, não visa conferir atenção somente ao usuário ou dependente de drogas, mas sim, para a sociedade como um todo, tal como para sua família.

No que diz respeito à reinserção social, o art. 21 esclarece que as atividades de reinserção do usuário e dependente de drogas, bem como de seus familiares, são aquelas dirigidas a integração ou reintegração nas redes sociais. Assim, percebe-se

<sup>27</sup> SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 221.

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>29</sup> Ibidem.

que a intenção do legislador foi permitir que fossem novamente inseridos na sociedade, evitando qualquer tipo de discriminação ou marginalização. Em outras palavras, é o tratamento com respeito no dia a dia e o reconhecimento a dignidade de outro indivíduo, independentemente se este faz uso ou não de drogas <sup>30</sup>.

Ademais, as atividades de atenção e as leis de reinserção social do usuário, dos dependentes e familiares, devem respeitar os princípios dispostos no art. 22 da Lei. Entre eles, está o respeito ao usuário e ao dependente de drogas; adesão de estratégias diversificadas aos usuários e dependentes, observadas suas peculiaridades socioculturais; definição de projeto terapêutico individualizado, voltado para a inclusão social, redução de riscos e danos sociais e a saúde e atendimento multidisciplinar <sup>31</sup>.

Em suma, quais forem as condições pessoais, todos os usuários e dependentes de drogas, devem ser tratados com o devido respeito, como qualquer outra pessoa, observados, essencialmente, os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como os princípios e diretrizes originadores do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social <sup>32</sup>.

Além disto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão desenvolver programas de atenção ao usuário e ao dependente, observando e respeitando as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 da nova Lei de Drogas, com a obrigatória previsão orçamentária, nos termos do art. 28. Além do que, nos termos do art. 24, os entes políticos também poderão disponibilizar determinados benefícios às instituições privadas que criarem programas de reinserção no mercado de trabalho para os usuários e dependentes de drogas.

---

<sup>30</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>32</sup> SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 221.

Outrossim, conforme preceitua o art. 26, o usuário e o dependente de drogas que esteja cumprindo pena privativa de liberdade, em consequência de prática de infração penal, têm assegurado os serviços de saúde, estabelecidos pelo sistema penitenciário.

No que diz respeito aos crimes e demonstrando, mais uma vez, que a intenção primordial da nova lei de drogas foi tratar de forma diferente o usuário e o traficante de drogas, a Lei 11.343/2006 distanciou as condutas, tratando dos crimes e das penas do usuário no Capítulo III e Título III (atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção do usuário e dependente de droga), e no Título IV, tratou da repressão ao tráfico ilícito e a produção não autorizada de drogas.

### **1.3 Do crime de portar drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006)**

Conforme já exposto, a maior inovação da atual lei de drogas foi impedir a aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário e dependente de drogas, na medida em que a reclusão do usuário ou do dependente de drogas não traria qualquer tipo de benefício à saúde individual ou a saúde pública<sup>33</sup>. Porém, não há como negar que o usuário de drogas e o dependente sustentam o tráfico de drogas, geram problemas familiares e para a sociedade<sup>34</sup>.

Neste sentido foi a justificativa final do Projeto de Lei 115 (convertido na atual lei de drogas), veiculado no Parecer 846 de 2006 do Senado Federal, a qual dispôs que a cominação de pena de prisão para os usuários de drogas é insustentável. Inicialmente, aduz que estes não podem ser tratados como criminosos, uma vez que são dependentes de produtos, como, por exemplo, de álcool, cigarro, etc. Além disso, a prisão alimenta um sistema de corrupção policial, uma vez que quando pego, o usuário, de maneira geral, objetivará a corrupção do policial, tendo em vista as mínimas

---

<sup>33</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 54.

<sup>34</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

consequências do uso pessoal da droga. Além disto, ressalta os gastos do Estado, considerando estes custos desperdiçados com atos processuais inúteis.

Dispõe, portanto, o art. 28 que “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”, será submetido as penas de: I. Advertência sobre os efeitos das drogas; II. Prestação de serviços à comunidade e III. Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. No mesmo artigo, em seu §1º, dispõe que se submetem as mesmas medidas quem semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto, para consumo pessoal, capaz de causar dependência física ou psíquica <sup>35</sup>.

O respectivo artigo retirou o crime de levar consigo, para uso pessoal, do Título relativo à repressão ao crime de tráfico, inserindo-o no Título relativo à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, com o intuito de minimizar o estigma da pena criminal, sem enfraquecer a repressão, na medida em que não a descriminalizou <sup>36</sup>.

A manutenção do crime de portar drogas para consumo pessoal encontra justificativa, segundo entendimento de Vicente Greco Filho, por não ser considerado apenas um ataque a saúde do indivíduo que porta drogas para consumo próprio, mas considera-se um ataque contra a saúde pública <sup>37</sup>. Ademais, ainda segundo o autor, a causa jurídica da punição do indivíduo que leva consigo drogas para consumo próprio é a periculosidade da sua conduta, uma vez que, mesmo antes de consumir a droga, a

---

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>36</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas: Anotada Lei n.º 11.343/2006**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 45.

saúde pública já está em perigo, pois é ato decisivo na difusão de tóxicos <sup>38</sup>. Outrossim, o usuário e o dependente acabam traficando, com o intuito de obter dinheiro para a compra de mais droga, além de estar predisposto a influenciar outros indivíduos ao vício <sup>39</sup>.

Nessa linha de raciocínio, interessante mencionar o entendimento do Relator José Guilherme no julgamento da Apelação 2010.01.1.075421-3 da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, o qual entendeu que em um país em que é considerado crime o uso de substâncias psicoativas e vincula essas experiências à marginalidade, o uso de drogas ocasiona uma séria questão: quem consome a droga, é igualmente responsável pelos crimes, quanto quem vende <sup>40</sup>. Continua o raciocínio, narrando que o indivíduo que usa drogas, “ao cheirar uma carreira de cocaína, o nariz do cafungador está cheirando automaticamente uma carreira de mortes, consciente da trajetória do pó. Para chegar ao nariz, a droga passou pelas mãos de criminosos. Foi regada a sangue”.

Dessa forma, o usuário de droga sustenta o tráfico, gera problemas para a família, para a sociedade e, de certo modo, por uma questão humanitária, não se pode esquecer que a autolesão que pratica afeta a todos de um jeito ou de outro <sup>41</sup>. Portanto, não poderia deixar de haver punição para tal conduta.

Apesar de mantida a tipificação, esta não guarda o cunho punitivo, mas sim o auxílio necessário ao usuário e ao dependente de droga <sup>42</sup>. Percebe-se, portanto que legislador reconheceu que o usuário e o dependente de drogas necessitam de apoio e chances de adotar novas atitudes pessoais, principalmente, a cessação do uso de drogas.

---

<sup>38</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas: Anotada Lei n.º 11.343/2006**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>41</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 40.

Neste sentido, Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila, criticam o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, que compara o dependente de drogas a um doente mental, na medida em que esse comportamento representa uma forma de estigmatizar aquele indivíduo que necessita de oportunidades para renunciar ao vício, e em nada auxiliando a busca para solucionar o gravíssimo problema da dependência <sup>43</sup>. Continuam, afirmando que a melhor forma de defrontar com a situação é iniciar exatamente do contrário, ou seja, agir com responsabilidade e tratar do mesmo o usuário e o dependente, sem transformá-lo em um criminoso que necessita ser punido de qualquer forma <sup>44</sup>.

No entanto, de acordo com Andrey Borges Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, acreditam ser hipocrisia considerar que na conduta de portar drogas para consumo pessoal, haveria tão somente lesão ao bem jurídico do usuário, e que, portanto, o único prejudicado seria ele mesmo <sup>45</sup>. Continuam, afirmando que é claro o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, qual seja, a saúde pública<sup>46</sup>. Reconhecer o contrário, “é esquecer que o ser humano não é uma ilha [...]” e que, portanto, relaciona-se com os demais indivíduos em sociedade <sup>47</sup>.

Noutro sentido, Maria Lúcia Karam, afirma que é notório que na conduta de um indivíduo que adquire ou tem a posse de substância entorpecente, destinada a seu uso próprio, não há como reconhecer a ofensa à saúde pública, uma vez que “não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade, e a ofensa a saúde pública [...]” <sup>48</sup>. Em outras palavras, a destinação pessoal das drogas não é compatível com o risco para interesses jurídicos

---

<sup>43</sup> RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>45</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 61

<sup>46</sup> Ibidem, p. 61

<sup>47</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>48</sup> KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Rio de Janeiro: Ed. Luan, 1991. p. 126.

alheios, tendo em vista que ter algo para consumo próprio é contrário de ter algo para ser difundido entre terceiros, não possuindo lógica argumentar que a proteção da saúde pública abrange a punição da posse de entorpecentes para uso pessoal <sup>49</sup>.

Percebe-se, portanto, divergência de pensamentos em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. De um lado, os que acreditam que o ato de portar drogas para consumo pessoal é um atentado a saúde pública, contribuindo para o aumento da violência, criminalidade e, principalmente, o sustento do tráfico de drogas. No entanto, e de outro lado, há os que acreditam que o ato de portar drogas para consumo pessoal é prejudicial somente para o indivíduo que o faz, sem atingir qualquer outro bem alheio. Portanto, para essa segunda corrente de pensamento, o art. 28 da Lei 11.343/2006 seria inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, previstos no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>49</sup> KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Rio de Janeiro: Ed. Luan, 1991. p. 126.

## 2 APLICAÇÃO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PORTAR DROGA PARA CONSUMO PESSOAL NO ÂMBITO DO STJ E DO STF

No presente capítulo será feito estudo sobre as características e fundamentos do Princípio da Insignificância, bem como a aplicação deste princípio no crime de portar drogas para consumo pessoal, uma vez que há grande discórdia sobre a aplicação deste.

Para isso, serão utilizados posicionamentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como entendimentos doutrinários.

### 2.1 Fundamentos do Princípio da Insignificância

Tendo em vista que o Princípio da Insignificância não está expressamente previsto em nenhuma legislação do nosso ordenamento jurídico, sendo criada a partir da interpretação de doutrinadores e da jurisprudência, necessário tecer comentários sobre os demais princípios do direito penal, entre eles, princípio da igualdade, da liberdade, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

#### 2.1.1 *Princípio da Igualdade*

De acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Percebe-se, portanto, que o acolhimento do princípio da igualdade ou princípio da isonomia, estabelece que todos os seres humanos nascem iguais e que, logo, devem possuir o mesmo tratamento. Isso quer dizer que o respectivo princípio veda distinções arbitrárias entre os membros da sociedade, como, por exemplo, por distinções em relação a origem, raça, sexo, cor, etc.

<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **A Propósito do Princípio da Igualdade**. 2008. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-principio-da-igualdade/>>. Acesso em: 22 out. 2008.



Vale ressaltar que a igualdade não exprime a ideia de adotar normas exatamente iguais e invariáveis para todos, com validade eterna e para além do espaço, uma vez que não existem princípios absolutos <sup>51</sup>. A título de exemplo, nem mesmo o direito a vida é absoluto, em razão de, em alguns casos a lei admitir a pena de morte.

Dispõe, neste sentido, Paulo de Sousa Queiroz que, tendo em vista o caráter analógico do direito “a igualdade é sempre uma equiparação que não se funda apenas num juízo racional, mas numa decisão de poder, motivo pelo qual a igualdade é sempre igualdade de relações, e, pois, uma correspondência, uma analogia” <sup>52</sup>. Afinal de contas, ninguém é absolutamente igual a outrem, nem mesmo absolutamente desigual. Logo, um crime pode ser doloso, culposo ou preterdoloso; hediondo ou não; o autor pode ser primário ou reincidente; etc. Portanto, cada variável faz de cada crime “uma ação humana singular, desigual” <sup>53</sup>.

Ademais, deve-se buscar não só a aparente igualdade formal, mas especialmente, a igualdade material, em razão de a lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades <sup>54</sup>. Por isso, essa desigualdade é necessária, com a finalidade de obter resultado justo, vez que as diferenças não podem ser ignoradas.

Em consequência, nem sempre a pena privativa de liberdade será a mais adequada para determinados crimes, como, por exemplo, os crimes que não colocam em risco a integridade de determinado bem jurídico. Sendo assim, não pode haver a aplicação de sanções penais sem considerar todo o contexto que se desenvolveu o delito, especialmente, quanto a sua relevância para a coletividade.

---

<sup>51</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **A Propósito do Princípio da Igualdade**. 2008. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-principio-da-igualdade/>>. Acesso em: 22 out. 2008.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 679.

Assim sendo, nos casos de delitos que não importam em danos para determinados bem jurídicos, imprescindível a aplicação do princípio da insignificância com o objetivo de adotar o princípio da igualdade, estabelecido no art. 5º da Constituição Federal. Em outros termos, o Princípio da Insignificância é o instrumento de concretização da igualdade material, em razão de implicar o distanciamento do Direito Penal frente a situações que resultem em ínfima lesividade ao bem juridicamente tutelado, observando-se cada caso concreto <sup>55</sup>.

### 2.1.2 Princípio da Liberdade

O Princípio da Liberdade está disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, esculpido como postulado fundamental do Estado Democrático, caracterizando-se como uma regra. Em outras palavras, a liberdade é a regra, e a não liberdade, a exceção <sup>56</sup>. Dessa forma, ao acolher esse princípio, a Constituição Federal, reconhece a ideia de agir de maneira livre, ou seja, ninguém é obrigado a fazer ou não fazer algo, senão em virtude de lei.

Ademais, a eventual relativização desse pressuposto fundamental poderá ser admitida quando o interesse público o exigir, em nome da coletividade. Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz, “quando o interesse público maior se impuser como necessidade de preservação de valores democráticos” <sup>57</sup>.

Conseqüentemente, todas as determinações de policiamento, de restrição ou privação de direitos, de vigilância, só poderão ser admitidos em situações excepcionais, em nome do princípio da liberdade, contemplando suas exceções <sup>58</sup>. Afinal, a liberdade é a regra e não liberdade é a exceção.

---

<sup>55</sup> PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 48.

<sup>56</sup> QUEIROZ, Paulo Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 25.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 26.

No Direito Penal, a liberdade está vinculada a ideia de livre locomoção, somente podendo ser restringida, pela aplicação da pena. Dessa forma, o Princípio da Insignificância opera como ferramenta de proteção a esse direito de liberdade, somente podendo intervir, o Estado, quando o indivíduo provocar lesão ou a ameaça de lesão aos bens juridicamente tutelados, os quais necessitam de proteção do Direito Penal. Portanto, obsta que o indivíduo tenha sua liberdade restringida por condutas penalmente irrelevantes.

### 2.1.3 Princípio da Subsidiariedade

O Princípio da Subsidiariedade restringe a intervenção do Direito Penal somente nas hipóteses de afronta a determinados bens juridicamente tutelados quando houver a comprovação de que outros mecanismos de controle social não seriam suficientes<sup>59</sup>. Dessa forma, não se pode atribuir, de forma exclusiva ou principal, a incumbência da redução da criminalidade ao Direito Penal, que poderá ser atendida ou minimizada por outros meios<sup>60</sup>.

Dessa forma, o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser aplicado em todos os casos. Em outras palavras, não deve ser aplicado quando o mesmo resultado for obtido através de sanção mais leve.

Neste sentido, dispõe Rogério Greco que, se houver outros ramos no ordenamento jurídico que revelar-se suficiente na proteção de determinados bens, é melhor que essa determinada proteção seja levada a efeito por eles, em vez de ser aplicado a extrema intervenção do Direito Penal, incluindo todas as consequências negativas, como, por exemplo, o estigma da pena, bem como os reflexos que uma condenação atrai para a família do condenado<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 70.

<sup>60</sup> BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 1 ed. Atlas, 2013, p. 171.

<sup>61</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal**. 1 ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 83.

Dessa forma, o legislador, quando da escolha do bem, afere sua importância em nível individual e em nível coletivo, bem como deverá observar, impreterivelmente, se existem outros ramos eficazes na proteção do respectivo bem. Caso não haja outro ramo do Direito tão eficaz quanto o Direito Penal, este será aplicado <sup>62</sup>. Em outras palavras, somente em última hipótese será aplicado.

#### 2.1.4 *Princípio da Fragmentariedade*

Segundo Paulo César Busato, o Direito Penal não deve intervir, indistintamente, a todas as questões de bens juridicamente tutelados, mas tão somente nas situações excepcionais em que houver dano ou risco de dano a determinado bem jurídico <sup>63</sup>. Portanto, não são todos os bens jurídicos que receberão a proteção do Direito Penal, “somente aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade” <sup>64</sup>.

Neste sentido, além da ofensividade da conduta, é preciso averiguar sua intolerabilidade, porquanto, somente o ataque insustentável é que poderá ser penalmente punido <sup>65</sup>.

Ademais, o legislador ao determinar o tipo penal, objetiva apenas o prejuízo juridicamente relevante que a conduta criminosa venha a causar a sociedade. Porém, não consegue evitar que essa norma atinja também os casos mais leves, de forma desproporcional. Dessa forma, o princípio da insignificância surge exatamente para resguardar essas situações, intervindo como mecanismo de interpretação restritiva do tipo penal <sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal**. 1 ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 84.

<sup>63</sup> BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 1ª Ed. Atlas, 2013, p. 167.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>65</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. Vol. 6. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

<sup>66</sup> BUSATO, *op.cit.*, p. 169.

### 2.1.5 *Princípio da Proporcionalidade*

O Princípio da Proporcionalidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, desdobrando-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito <sup>67</sup>.

No que diz respeito a adequação é necessário verificar se os meios empregados pelo legislador são idôneos para o êxito do fim almejado pela norma. Levando para a seara penal, tal adequação verifica-se quando restar evidenciado que a norma regula comportamento socialmente relevante e declarado em algum valor constitucional <sup>68</sup>.

Em relação a necessidade, indispensável averiguar se os meios lesivos empregados pelo legislador são, no meio daqueles eficientes e cabíveis a espécie, o menos gravoso. Trazendo para a esfera penal, tal noção confunde-se com o princípio da intervenção mínima, na acepção de que não se justificará o emprego do Direito Penal quando algum outro ramo apresentar solução satisfatória <sup>69</sup>. Neste sentido, a necessidade proporciona duas perspectivas: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente <sup>70</sup>.

Por fim, há que se fazer o exame da proporcionalidade em sentido estrito. No âmbito penal verifica-se a gravidade da sanção a ser prescrita diante da conduta praticada.

Dessa maneira, o Princípio da Insignificância encontra seu alicerce, na medida em que a atuação do Poder Público é limitada, de forma que o Estado não pode agir de maneira desproporcional à relevância social de determinada conduta, mas sim manter proporção com a gravidade do delito. Portanto, nos casos de condutas com mínima ofensividade a determinado bem jurídico não há que se falar em razão para imposição

---

<sup>67</sup> ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral (arts 1 ao 120). 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1/2016. p. 139.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 139.

de sanção penal, sob pena de enorme desproporcionalidade entre a pena imposta e a ínfima gravidade do fato.

## 2.2 Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância tem origem no Direito Romano e funda-se no brocardo de *minimis non curat praetor*, sendo introduzida no sistema penal por Claus Roxin<sup>71</sup>.

Rogério Greco citando Francisco de Assis Toledo entende que seria suficiente o princípio da adequação social, pois este teria capacidade de eliminar determinadas condutas insignificantes<sup>72</sup>. No entanto, a questão é discutível e, por isso, Claus Roxin sugeriu a introdução do Princípio da Insignificância no Direito Penal, o qual atuaria como auxiliar na interpretação e que excluiria, na maioria dos tipos, a exclusão de condutas e danos de pouca importância<sup>73</sup>.

O Princípio da Insignificância é um princípio doutrinário, ou seja, não existe definição no ordenamento jurídico. Somente a doutrina e a jurisprudência defendem a aplicabilidade, portanto, diversos são os conceitos.

Vale destacar que a ilicitude, em sentido formal, significa que será sempre ilícita a conduta que se mostrar contrária à ordem jurídica. Já no sentido material, há que se levar em consideração, também, a lesão ao bem jurídico protegido pela respectiva norma<sup>74</sup>. Portanto, em se tratando da ilicitude material, esta estabelece “ponto de referência para a criação dos tipos legais e sua aplicação ao caso concreto, para a

---

<sup>71</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

<sup>72</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Uma visão minimalista do direito penal. 1 ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 98.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>74</sup> BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **O Princípio da Insignificância e sua aplicação jurisprudencial**. In: Revista da AJUFE /Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ano 17, n. 58 (mar/set 1998). Brasília: AJUFE, 1998.

graduação do injusto e sua influência na dosimetria da penal [...]”<sup>75</sup>. Em outras palavras, a antijuricidade conserva-se quando o fato é considerado lesivo a determinado bem jurídico.

Ademais, a proteção do direito penal, como mencionado em tópico anterior, é subsidiária, ou seja, para situações em que outros ramos do direito não sejam suficientes ou quando o perigo a determinado bem jurídico mostra-se grave, bem como fragmentário, pois nem todos os fatos ilícitos, somente os mais graves, são alcançados pelo Direito Penal<sup>76</sup>.

Dessa forma, de acordo com Marcus Vinícius Reis Bastos, com base nessas concepções surge o princípio da insignificância, distinguindo-se do princípio da adequação social, pois este se baseia na circunstância de que, “sendo o tipo delitivo um modelo de conduta proibida, não se pode interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse alcançando condutas ilícitas”<sup>77</sup>. Portanto, neste caso, não se fala em ato ilícito, diferente do que acontece na aplicação do princípio da insignificância.

Trata-se, pois, de regra hermenêutica que declara a atipicidade das condutas insignificantes, “em face do mesmo conceito material de ilicitude penal, a ação protagonizada pelo agente, em tais circunstancias, não se amolda ao tipo legal, não consubstancia lesão ou perigo de lesão significativo ao bem jurídico tutelado”<sup>78</sup>.

Segundo Fernando Capez, o Direito Penal não deve se preocupar com condutas insignificantes ou admitir tipos incriminadores que reproduzam condutas inaptas a lesar bem jurídicos<sup>79</sup>. Assim, a tipicidade penal demanda um mínimo de lesividade a determinado bem jurídico, pois é inadmissível que o legislador insira em um tipo penal

---

<sup>75</sup> BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **O Princípio da Insignificância e sua aplicação jurisprudencial**. In: Revista da AJUFE /Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ano 17, n. 58 (mar/set 1998). Brasília: AJUFE, 1998.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

conduta inofensiva ou incapaz de lesar interesse jurídico protegido <sup>80</sup>. Portanto, se o objetivo do tipo penal é tutelar bem jurídico, uma vez que a conduta seja insignificante, sendo incapaz de lesar o interesse protegido, não há que se falar em adequação típica <sup>81</sup>.

Para Cezar Roberto Bitencourt, a existência da tipicidade penal exige ofensa com certa gravidade aos bens jurídicos protegidos, já que nem sempre a ofensa a esses bens é bastante para configurar o injusto típico <sup>82</sup>. Dessa forma, deve haver fundada proporcionalidade entre a magnitude da conduta a ser punida e a amplitude da intervenção estatal <sup>83</sup>. Além do mais, determinadas condutas que não se enquadram em determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não ostentam relevância material, portanto, poderá haver o afastamento liminar da tipicidade penal, uma vez que o bem jurídico não foi lesado <sup>84</sup>.

Por conseguinte, a insignificância da conduta deve ser verificada não só no que diz respeito a importância do bem juridicamente atacado, mas particularmente em relação ao grau de sua intensidade, ou seja, pela proporção ou grandeza da lesão produzida <sup>85</sup>.

Neste sentido, porém em outras palavras, esclarece Luiz Rascovski que, na esfera dogmática, a criação do Princípio da Insignificância não seria viável sem o desenvolvimento do conceito de tipicidade material <sup>86</sup>. Nessa linha de pensamento, a conduta deve, além de violar a norma penal, atingir as normas de valoração asseguradas culturalmente, portanto, nem sempre a conduta adequada ao tipo penal

---

<sup>80</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>82</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>86</sup> RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**, 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238.



será típica materialmente. Para isso, será necessária relacioná-la com princípios valorativos que revelem o prejuízo para a sociedade <sup>87</sup>.

Em suma, a junção do conceito de tipicidade material com a noção de que o objetivo da intervenção estatal é a proteção de bens jurídicos e não de triviais comportamentos reconhecidos como imorais, autoriza a criação do Princípio da Insignificância <sup>88</sup>. Sendo assim, a tipicidade material necessita que a conduta delitiva tenha alguma coisa a mais do que a simples subsunção típica, visto que a tipicidade não se origina de mera apuração de que a conduta é a prevista no tipo penal, pois é imprescindível examinar se a conduta colocou em perigo determinado bem jurídico protegido, o que legitimaria a norma de proteção, pois, caso não haja lesão ou perigo de lesão, não há que se falar em materialidade apta a atrair a atenção do Direito Penal <sup>89</sup>.

Ainda de acordo com Luiz Rascovski, ressaltando julgado do STJ (Resp 32.322/RS, relator Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma), o qual afirma que a infração penal não pode ser considerada com a simples conduta, pois é necessário o “resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado [...]”. Portanto, não faria sentido punir a mera ação se esta não trouxer ao mesmo a probabilidade de risco.

Nesta linha de raciocínio, continua o autor dispondo que:

“É justamente essa atenção ao desvalor do resultado – como decorrência da concretização da teoria do bem jurídico – que assenta as bases para o princípio da insignificância, que permite a caracterização da atipicidade de lesões mínimas, insignificantes. Ainda que exista resultado no sentido naturalístico – consubstanciado na lesão concreta ao bem jurídico –, não existe desvalor normativo de resultado seja sob a ótica da proporcionalidade, seja porque a irrelevância da

---

<sup>87</sup> RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**, 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 239.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 239.

lesão não afeta expectativas de convivência nem atrapalha o funcionamento do modelo democrático de direito.”<sup>90</sup>

Ademais, ainda que o Princípio da Insignificância seja consequência “de uma concepção complexa de tipicidade material decorrente da reconsagração do desvalor de resultado, da qual resulta uma interpretação restritiva de direito penal [...]”<sup>91</sup>, a recepção do respectivo princípio pela jurisprudência, decorreu também de constatação política e prática: “o encarceramento em massa é inviável sob a perspectiva de seu custo econômico e baixo benefício social”<sup>92</sup>.

Neste ponto de vista, insustentável economicamente é a política de prisão em massa, bem como os custos sociais e políticos do mantimento de estabelecimentos que não possuem estruturas para receber presos, fundamentam o amparo de políticas para redução dessa população encarcerada<sup>93</sup>. Aliás, a maioria dessas políticas possui como finalidade o distanciamento daqueles condenados por crimes não tão graves, como, por exemplo, os crimes praticados sem violência ou grave ameaça, pois equivale a percentual considerável da população carcerária<sup>94</sup>.

Nesse íterim, o Princípio da Insignificância é instrumento de grande importância na política de minimizar a crise carcerária. Em vista disso, mesmo que seu acolhimento não tenha ocorrido por formulação de política criminal, sua aceitação gradual pelos magistrados traduz incredulidade na pena de prisão para esses delitos e a preocupação com a crescente população carcerária<sup>95</sup>.

Ademais, dispõe Claus Roxin que o Direito Penal possui natureza subsidiária, portanto, somente poderá haver a intervenção deste para punir lesões e contravenções,

---

<sup>90</sup> RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**, 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 243.

se esta for indispensável para convivência em sociedade. Assim, se outro ramo do Direito for suficiente para reprimir tal conduta, o Direito Penal não poderá intervir <sup>96</sup>.

Portanto, vale dizer que o Direito Penal não atua sobre o todo de uma determinada realidade, mas apenas sobre parte dessa realidade, ou seja, atua somente sobre interesses jurídicos relevantes, situações em que a atuação do Direito Penal é absolutamente imprescindível <sup>97</sup>. Vale dizer que o Direito Penal não confere proteção ilimitada a vida, por exemplo, uma vez que admite a supressão do nascituro, quando resultar de estupro. Da mesma forma, não entende que entrar ou permanecer em casa alheia caracterize violação de domicílio, mas somente quando contrarie a vontade do proprietário <sup>98</sup>.

Ainda nessa linha de raciocínio, dispõe Fernando Galvão que, “o princípio da insignificância orienta a interpretação do tipo penal, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma” <sup>99</sup>. Portanto, para reprovar uma conduta danosa para a sociedade com pena, é imprescindível que não existam outros meios menos gravosos <sup>100</sup>. Sendo assim, percebe-se que o Direito Penal será o instrumento extremo da política social e de caráter subsidiário, vez que devem ser empregados os demais instrumentos de regulamentação de conflitos e, somente quando fracassados esses, poderão ser utilizadas aqueles <sup>101</sup>.

Neste seguimento, entende Fernando Galvão que o Direito Penal deve ser aplicado em determinada situação, somente quando não for possível a aplicação de outro remédio, uma vez que é utilizado subsidiariamente e somente em casos de

---

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2 Ed. São Paulo: Vega.

<sup>97</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 1 ed. Belo Horizonte: DelRey, 1998, p. 119.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>99</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**, 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 306.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 306

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 306

ofensa grave a determinados bens jurídicos, ficando, os casos menos expressivos, a mercê dos ramos do direito os menos gravosos <sup>102</sup>.

Em outras palavras, explica Paulo Queiroz, que o princípio da insignificância constitui, portanto, instrumento pelo qual o magistrado, tendo em vista a escancarada desproporção entre o castigo, retira o caráter criminoso da conduta, que “embora formalmente típico, não constitui uma lesão digna de proteção penal” <sup>103</sup>.

Importante destacar que a primeira alusão ao Princípio da Insignificância, no Supremo Tribunal Federal, foi feita em 1988, no Recurso do Habeas Corpus 66.869/PR, pelo Relator Ministro Aldir Passarinho, no qual afastou a tipicidade de lesões corporais (pequena equimose) em acidente de trânsito, uma vez que ficou comprovada a inexpressividade da lesão, portanto, entendeu-se pela não configuração do crime, impedindo a instauração da ação penal <sup>104</sup>.

No que diz respeito aos requisitos para aplicação do Princípio da Insignificância, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 92463/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, fixou entendimento de que o Princípio da Insignificância deve “ser analisado com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material” <sup>105</sup>. Neste sentido, entendeu ser necessária a presença de determinados vetores, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o

<sup>102</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral, 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 306.

<sup>103</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito penal**. Parte Geral, 10 Ed. Bahia: Jus Podivm, 2014. p. 86.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **66869/PR**. Segunda Turma. Recorrente: Vera Maria Nunes. Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 06 de dezembro de 1988. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102215>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **92463/RS**. Segunda Turma. Paciente: Everton Henrique Reis. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492876>> Acesso em: 25 mar. 2016.

reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada <sup>106</sup>.

Continua o Ministro Celso de Mello esclarecendo que o ordenamento jurídico deve considerar a significativa circunstância de que a restrição de liberdade e de direitos do indivíduo, somente se justificará quando absolutamente necessários a proteção dos indivíduos, da coletividade e de outros bens jurídicos que sejam essenciais, especialmente nos casos em que os valores tutelados penalmente estejam expostos ao dano – efetivo ou potencial – gerado por conduta com grave lesividade <sup>107</sup>.

No entanto, mesmo com o entendimento de que devem ser observados determinados vetores para a aplicação do princípio da insignificância, conforme exposto acima, de acordo com o ex Ministro Ayres Brito, esses vetores “não são mais que diretivas ou vetores de ponderabilidade” <sup>108</sup>, porquanto, devem ser analisados os casos concretos, cada qual com as suas peculiaridades, admitindo adaptações, acréscimos ou supressões, e até mesmo a exclusão, como, por exemplo, nos casos de crimes militares de posse de entorpecentes <sup>109</sup>. Portanto, em cada caso deve haver uma ponderação dos vetores mencionados, de acordo com as suas peculiaridades, não incidindo o mesmo nível em todas as situações, como se iguais fossem.

Ressalta-se o entendimento de Paulo Queiroz, o qual afirma que tais vetores são tautológicos, uma vez que se é mínima a ofensividade, “então a ação não é socialmente

---

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **92463/RS**. Segunda Turma. Paciente: Everton Henrique Reis. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492876>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **111017/RS**. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 07/02/2002. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>109</sup> Ibidem.

perigosa [...], mínima ou nenhuma é a reprovação e, pois, inexpressiva a lesão jurídica”<sup>110</sup>. Em outras palavras, os requisitos repetem a mesma ideia<sup>111</sup>.

Finalizando este tópico, percebe-se que ao legislar, cabe identificar com exatidão, as condutas que devem ser proibidas, com ameaça de sanção do Direito Penal, com a finalidade de proteger determinado bem jurídico de vital importância para a manutenção da vida em sociedade<sup>112</sup>. Após ser identificado, o intérprete, ao fazer a análise da infração penal, deve “ajustá-la ao raciocínio minimalista, pugnando, pois um Direito Penal do Equilíbrio”<sup>113</sup>. Portanto, é necessária a presença do Princípio da Insignificância, na qualidade de princípio “que traduz o raciocínio minimalista, equilibrado, visando interpretar corretamente os textos legais”.

### **2.3 Aplicação do Princípio da Insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal.**

No que diz respeito à possibilidade de incidência do princípio da insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal, não há um entendimento pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, conforme se demonstra a seguir.

#### *2.3.1 Entendimento doutrinário*

Inicialmente, vale ressaltar que a Lei 6.368/1976 (antiga lei de drogas), mesmo trazendo tratamento diferenciado para o traficante e o usuário de drogas, em seu art. 16, cominava a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa, para quem “adquirir, guardar ou trazer consigo, para consumo próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física

---

<sup>110</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito penal**. Parte Geral, 10 ed. Bahia: Jus Podivm, 2014. p. 87.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>112</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Uma visão minimalista do direito penal. 1 ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 97.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 97.

ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Já a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), percorreu caminho diverso, estabelecendo que incorrerão nas penas advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, a “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”, conferindo, então, tratamento moderado ao usuário de drogas, de maneira que não há mais a cominação de pena privativa de liberdade, mas tão somente medidas educativas <sup>114</sup>.

Percebe-se, portanto, o tratamento conferido ao usuário na antiga lei de drogas, justificava reflexões sobre a desproporcionalidade entre a conduta de quem portava drogas para consumo próprio e a pena privativa de liberdade <sup>115</sup>. No entanto, com a nova lei de drogas e tendo em vista o tratamento mais brando conferido ao usuário e ao dependente de drogas, necessário a análise da aplicação do princípio da insignificância.

Ademais, conforme já exposto, tendo em vista o “caráter fragmentário” <sup>116</sup>, e uma vez que sua destinação é tutelar os bens jurídicos de relevância social, o direito penal não pode atuar nas condutas que podem ser regulamentadas por outros ramos do Direito, entre eles o Direito Civil e o Direito Administrativo <sup>117</sup>. É nesse liame que se encontra o princípio da insignificância, “o qual atuando no contexto da tipicidade, afasta

---

<sup>114</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 63.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>116</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06)**: Pós-Reformas do CPP. Doutrina e Jurisprudência pós-reformas de 2008. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 55.

a configuração do próprio tipo penal, sob o prisma da tipicidade material, tornando a conduta materialmente típica”<sup>118</sup>.

Segundo Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, valer-se do princípio da insignificância, no sentido de considerar atípica a conduta de portar drogas para consumo pessoal, acarreta a dilapidação em absoluto na norma penal descrita no art. 28 da Lei de Drogas, retirando-lhe totalmente sua aplicação<sup>119</sup>. Ademais, se o objetivo do tipo penal é propriamente a punição do usuário, o fato de julgar insignificante o comportamento de portar pequena quantidade de droga confronta diretamente com a legislação adotada, porquanto, a própria essência do tipo é que a quantidade seja pequena, ou seja, para apenas uma ação, como, por exemplo, um cigarro de maconha<sup>120</sup>.

Segue esse mesmo pensamento, Sérgio Ricardo de Souza, o qual entende que o emprego genérico do princípio da insignificância, teria impacto parecido ao de um abolitio criminis judicial, uma vez que predomina entre os casos, como autores, os usuários de drogas, que, dependendo da quantidade, já traz consequências, as quais a normal penal objetiva combater, alcançando, entre outros bens jurídicos tutelados, a saúde pública e a paz social<sup>121</sup>.

Dessa forma, ainda de acordo com Sergio Ricardo de Souza, ao manter a criminalização do crime de portar pequena quantidade de droga ilícita para consumo pessoal, o legislador não teve a intenção de excluir os casos de apreensão de ínfima quantidade de droga, “até porque isso iria ferir a racionalidade do sistema, haja vista

---

<sup>118</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP. Doutrina e Jurisprudência pós-reformas de 2008.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55.

<sup>119</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006:Comentada artigo por artigo.** 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 63

<sup>120</sup> Ibidem, p. 63

<sup>121</sup> SOUZA, op.cit., p. 56.



que se a droga destina-se ao uso próprio, em regra a quantidade apreendida será pequena”<sup>122</sup>.

Ainda nesta linha de entendimento, está o autor Fernando Capez, o qual entende que “a lei em estudo não tipifica a ação de ‘usar droga’, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal”<sup>123</sup>. Dessa forma, não entendem pela aplicação do princípio da insignificância no crime em estudo, uma vez que a conduta de portar drogas para consumo pessoal coloca em risco a saúde da coletividade, independentemente da comprovação do risco.

Já na visão de Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila, em posicionamento diverso entendem que “no âmbito individual e ético, é possível argumentar que tal conduta é nociva para o agente, contudo, no âmbito jurídico não se pode entender que há risco de lesividade aos bens jurídicos tutelados pela Lei”. Neste sentido, consideram a conduta insignificante por ausência de riscos aos bens jurídicos tutelados.

Guilherme de Sousa Nucci não reconhecia a aplicação do princípio da insignificância no crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, por considerar um delito de menor potencial ofensivo, com aplicação de penas brandas, restando afastado o princípio da insignificância, por entender que haveria de ser aplicada ao menos uma advertência, evitando males maiores<sup>124</sup>. No entanto, na edição seguinte do seu livro, mudou seu entendimento, esclarecendo que “entendíamos não ser necessária a aplicação do princípio da insignificância [...] em qualquer hipótese [...]. Entretanto, o

---

<sup>122</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56.

<sup>123</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Legislação Especial. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 672.

<sup>124</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 335.

princípio da intervenção mínima não estaria sendo, fielmente, aplicado”<sup>125</sup>. Além do mais, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, não seria possível a punição, pelo Direito Penal, se o bem jurídico tutelado não for efetivamente lesado, o que, portanto, não ocorre quando um indivíduo carrega consigo pequena quantidade de droga para consumo próprio, posto que, a quantidade irrisória não proporcionaria nem mesmo a tipificação da infração estabelecida no art. 28 da Lei de Drogas<sup>126</sup>.

Ainda, na linha de raciocínio dos doutrinadores que entendem pela aplicação do princípio da insignificância no crime de portar drogas para consumo próprio, está Luiz Flávio Gomes, o qual entende que “se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração [...]. Não existe, nesse caso, conduta penal ou punitivamente relevante”<sup>127</sup>.

Percebe-se, portanto, que a doutrina diverge quanto à aplicação do princípio da insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal. Assim, os autores que possuem o posicionamento pela aplicação do presente princípio, entendem que deve haver a capacidade concreta de ofender o bem jurídico tutelado, e não somente a periculosidade da conduta. Já para os autores que são contrários a aplicação do princípio da bagatela, aduzem que a aplicação do princípio vai contra a própria natureza do art. 28, qual seja, a de portar pequena quantidade de drogas para consumo próprio, havendo, caso contrário, a neutralização do dispositivo.

### 2.3.2 *Superior Tribunal de Justiça*

Interessante mencionar a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual em 1997, o Ministro relator Luiz Vicente Cernicchiaro, proferiu importante

---

<sup>125</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 345.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>127</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 158.

decisão, em sede de Recurso Especial (Resp 154840/PR), aplicando o princípio da insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal.

No respectivo julgado, a Ministro sustentou que o tráfico e o uso de entorpecentes são, normalmente, definidos como delitos, pois geram, no mínimo, perigo para a sociedade ou ao usuário <sup>128</sup>. No entanto, entendeu que a quantidade irrisória de 0,2 gramas de maconha não seria capaz de gerar o perigo reclamado<sup>129</sup>.

Posteriormente, em 1998, no Recurso Especial 164.861/SP, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, defendeu novamente a aplicação do princípio da insignificância quando a quantidade de drogas for ínfima, por entender que “a quantidade dita, necessária apenas para a feitura de um cigarro, não seria o bastante para caracterizar a ofensa ao bem jurídico, ao bem tutelado” <sup>130</sup>.

Não obstante esses julgados, o entendimento Superior Tribunal de Justiça transformou-se, no sentido de não mais admitir a aplicação do princípio da insignificância.

O Ministro Felix Fisher, no Habeas Corpus 8.827/RJ votou pela não concessão do writ, defendendo que “a concessão do writ, na prática, implicaria na liberação geral do uso de entorpecentes em nosso território, o que, data venia, é totalmente contra legem” <sup>131</sup>. Neste sentido continua o Ministro aduzindo que a aplicação do princípio da

---

<sup>128</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial **154840/PR**. Sexta Turma. Recorrente: Elielson Del Padre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 18 de dezembro de 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199700811883&dt\\_publicacao=06-04-1998&cod\\_tipo\\_documento](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700811883&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento)> Acesso em 25 mar. 2016.

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial **164861/SP**. Sexta Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: João Batista. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 03 de dezembro de 1998. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800121714&dt\\_publicacao=17-02-1999&cod\\_tipo\\_documento](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800121714&dt_publicacao=17-02-1999&cod_tipo_documento)> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>131</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **8827/RJ**. Quinta Turma. Paciente: Irene Alves Ribeiro. Impetrante: José Carlos Frago e outros. Relator: Ministro Edson Vidigal, Rel. p/Acórdão Ministro Felix Fischer. Brasília, 15 de junho de 1999. Disponível em:

insignificância seria a mesma coisa que tornar morta a letra da lei ou, em outras palavras, estaria sendo revogado o dispositivo, sem qualquer amparo jurídico. Ademais, ressaltou que a proibição do dispositivo é justamente para as condutas como a do caso em questão, portanto, o indivíduo que traz consigo um cigarro de maconha, fazendo uso não, estaria cometendo o crime em questão <sup>132</sup>.

Assim sendo, concluiu que a aplicação do princípio da insignificância seria praticamente o mesmo que liberar o uso de drogas, entre elas, a heroína, “crack”, cocaína e etc..<sup>133</sup> Ademais, exemplifica que o próprio traficante, raramente, quando da distribuição, traz consigo grande quantidade de drogas <sup>134</sup>.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, na relatoria do Habeas Corpus 103749/MG, votou pela não concessão do writ, sob o fundamento de que “a posse ou guarda de substância entorpecente não afasta o perigo à coletividade e à saúde pública, desimportando a pequena quantidade apreendida, que é da própria essência do delito” <sup>135</sup>. Dessa forma, pouco importa para a caracterização do delito a quantidade apreendida, pois é adequada ao tipo, afastando, conseqüentemente, a alegação do princípio da insignificância <sup>136</sup>. Junto com o relator, votaram os Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

---

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=8827&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>> Acesso em 25 mar. 2016.

<sup>132</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **8827/RJ**. Quinta Turma. Paciente: Irene Alves Ribeiro. Impetrante: José Carlos Frago e outros. Relator: Ministro Edson Vidigal, Rel. p/Acórdão Ministro Felix Fischer. Brasília, 15 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=8827&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>> Acesso em 25 mar. 2016.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **103749/MG**. Quinta Turma. Paciente: Jocely Alves Cabral. Impetrante: Jocely Alves Cabral. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=945782&num\\_registro=200800742365&data=20100329&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=945782&num_registro=200800742365&data=20100329&formato=PDF)> Acesso em 25 mar. 2016.

<sup>136</sup> Ibidem.

Já o Ministro relator Jorge Mussi, no Habeas Corpus 181.486, denegou a concessão do writ, sob o fundamento de os crimes de tóxicos caracterizam-se como crime de perigo abstrato, que visam, principalmente, proteger a saúde pública, portanto, desnecessária a comprovação da situação que tenha posto em risco o bem jurídico tutelado, em outras palavras, desnecessária a prova do perigo real <sup>137</sup>. Junto com o relator, votaram os Ministros Marco Aurélio Bellize, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Na mesma linha de entendimento, estão os Ministros Rogério Shietti Cruz (HC 135.508), Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no Resp 1578209), Ministro Sebastião Reis Júnior (AgRg no Resp 1442224), Ministro Ribeiro Dantas (HC 326341), Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (RHC 57761), Ministro Nefi Cordeiro (HC 195985).

Percebe-se, portanto, que no Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento pela não aplicação do princípio da insignificância nos crimes de relacionados a entorpecentes. Em outras palavras, o STJ entende que a pequena quantidade de drogas compõe a natureza da conduta descrita no art. 28 da atual Lei de Drogas, porquanto, é de perigo presumido, sem a necessidade da real comprovação do risco ao bem jurídico tutelado, sendo suficiente a periculosidade da conduta.

### 2.3.3 *Supremo Tribunal Federal*

No que diz respeito ao entendimento do Supremo Tribunal Federal pela aplicação do princípio da insignificância, vale ressaltar que o presente princípio tem a finalidade de excluir ou afastar a tipicidade penal, ou seja, o crime praticado não será considerado crime, resultando, portanto, na absolvição do réu. No entanto, para sua

---

<sup>137</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **181486/SP**. Quinta Turma. Paciente: Rodrigo Cardoso da Silva. Impetrante: Defensoria Pública e outro. Relator: Jorge Mussi. Brasília, 13 de setembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088324&num\\_registro=201001446292&data=20111005&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088324&num_registro=201001446292&data=20111005&formato=PDF)> Acesso em 25 mar. 2016.

aplicação, necessária a presença dos seguintes requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada <sup>138</sup>.

Posto isto, o Ministro relator Ricardo Lewandowski, no Habeas Corpus 102.940/ES, entendeu pela denegação do writ, sob o fundamento de que “a intenção do legislador, ao atenuar as reprimendas, foi a de impor, ao usuário, medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo do risco de sua conduta para a própria saúde, além de evitar a reiteração do delito” <sup>139</sup>. Ademais, continua o relator enfatizando que o “o objeto jurídico da norma [...] é a saúde pública, não apenas a do usuário, uma vez que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito [...]” <sup>140</sup>.

Além do mais, continua esclarecendo que o crime de porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, de forma que, não é necessária a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, bastando periculosidade da conduta. Assim, a presunção de perigo provém da conduta do usuário, que ao obter a droga para seu consumo próprio “[...] realimenta esse comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública. Além disso, existe a real possibilidade do usuário de drogas vir a tornar-se mais um traficante, em busca de recursos para sustentar seu vício”.

Neste mesmo sentido votou o Ministro Marco Aurélio (HC 87.319/PE), o Ministro Nelson Jobim (HC 83.191/DF e HC 81.523/PR), o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 88.820/BA).

---

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **102940/ES**. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

Já o Ministro Dias Toffoli, no Habeas Corpus 110.475/SC, entendeu pela concessão do writ, ou seja, decidiu pela aplicação do princípio da insignificância por ser tratar de quantidade ínfima de 0,6 gramas de cannabis, sob o fundamento de que a conduta do agente demonstrou ser de mínima ofensividade, possuir insignificante grau de reprovabilidade, não demonstrar periculosidade social e não causar lesão à saúde pública <sup>141</sup>. Dessa forma, tendo em vista essas premissas, não deve o direito penal se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, seja ao titular do bem jurídico, seja à integridade da sociedade <sup>142</sup>.

O Ministro Luiz Fux, a Ministra Carmén Lúcia e a Ministra Rosa Weber, votaram no mesmo sentido que o Ministro Dias Toffoli, ou seja, pela aplicação do princípio da insignificância. Ressaltou o Ministro Luiz Fux que somente o fato do individuo passar pelo constrangimento de estar em uma audiência criminal, “[...] num ambiente extremamente dramático em que a família foi surpreendida com a atitude do jovem que era completamente contrária a todos os princípios em que ele fora educado”, já seria suficiente para servir de lição, uma vez que era primário e de bons antecedentes.

Já a Ministra Carmén Lúcia foi além, ressaltando que não partilha desse mesmo entendimento, porém, em um caso que o jovem primário e de bons antecedentes foi detido com 0,6 gramas de maconha para uso próprio, o ônus de ser punido pode ser muito maior <sup>143</sup>. Esclareceu, ainda, que gostaria de acreditar que o constrangimento de estar em uma audiência criminal seria suficiente para servir de lição. Neste sentido, continuou aduzindo a Ministra que “não acha que realmente o processo seja suficiente para dar um susto na pessoa e que ela pare [...], mas de toda sorte, as consequências

---

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **110475/SC**. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiwz. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> Ibidem.

de uma apenação em monte que às vezes pode gerar mais conflitos, mais fragilidades para uma pessoa”<sup>144</sup>.

Assim, aqueles que entendem pela aplicação do princípio da insignificância, por considerar como um crime de perigo abstrato, na medida em que ausente é a periculosidade à saúde pública ou, até mesmo, por não estar existir lesividade e alteridade na conduta do usuário e do dependente, conduziria à negativa da constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal<sup>145</sup>. Portanto, “para os defensores desses pontos [...], o correto seria argüir a inconstitucionalidade da norma, e não a insignificância da conduta”<sup>146</sup>.

Neste sentido, encontra-se em trâmite, com repercussão geral, o Recurso Extraordinário 635.659/SP, no Supremo Tribunal Federal, que trata exatamente da inconstitucionalidade ou não do art. 28 da Lei 11.343/2006. Portanto, a discussão sobre a aplicação do Princípio da Insignificância pode ser encerrada, na medida em que seja dado provimento ao RE 635.659/SP, uma vez que, caso entendam pela inconstitucionalidade do crime de portar drogas para consumo pessoal, em outras palavras, pela descriminalização do tipo penal, não há que se falar em aplicação do Princípio da Insignificância, tendo em vista que não haverá mais crime quando o individuo estiver levando consigo drogas para consumo pessoal.

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **110475/SC**. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiwz. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>> Acesso em: 25 mar. 2016.

<sup>145</sup> MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 66.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 66.



### 3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659\SP.

O recurso extraordinário, com repercussão geral, foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, traz o questionamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

No caso em questão, Francisco Benedito de Souza, foi flagrado com 3 (três) gramas de maconha em um invólucro no interior de seu marmiteix no Centro de Detenção Provisória em Diadema – SP, sendo condenado a 2 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública<sup>147</sup>.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso de Apelação, alegando que o porte de drogas para consumo pessoal não produz qualquer lesão a bem jurídico alheio. Portanto, não há risco para qualquer bem jurídico tutelado, principalmente, para a saúde pública<sup>148</sup>.

Alegou, ainda, que a incriminação ofende as garantias fundamentais do cidadão, entre elas a intimidade e a liberdade individual. Portanto, não é aceitável que norma infraconstitucional “ofenda o ápice do ordenamento jurídico, considerando crime uma conduta que está devidamente amparada por valores constitucionais relevantes”<sup>149</sup>.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público do Estado de São Paulo, relembrou o princípio da anterioridade, consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, o qual aduz que “não há crime sem lei anterior que o defina, bem pena sem

---

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 636569/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <file:///I:/Variados/Inquerito%20sobre%20o%20crime.pdf>. Termo de Audiência de Instrução, Debates e Julgamentos. p. 108.

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 636569/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <file:///I:/Variados/Inquerito%20sobre%20o%20crime.pdf>. Apelação da Defensoria Pública. p. 113.

<sup>149</sup> *Ibidem*, 113.

prévia cominação legal”<sup>150</sup>. Portanto, diante do art. 28, o qual dispõe sobre o porte de drogas para consumo pessoal é crime, não haveria o que ser discutido, porquanto, respeita o princípio da anterioridade<sup>151</sup>.

Alegou, ainda, o Ministério Público que o tipo penal tutela a saúde pública, e não causa qualquer lesão à intimidade ou à privacidade do usuário<sup>152</sup>. Portanto, deve prevalecer o interesse coletivo sobre o individual, “mesmo porque, há o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado”<sup>153</sup>.

O Juiz Relator Helmer Augusto Toqueton Amaral negou provimento ao recurso de apelação.

Inconformados com a decisão interpuseram Recurso Extraordinário, alegando novamente que a criminalização do porte de entorpecentes para consumo próprio viola o art. 5º, inciso X da Constituição Federal, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade e a vida privada”.

Aduz a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que o dispositivo supracitado, “tem reflexo no Direito Penal, especialmente quando exige que determinada conduta, para ser considerada criminosa, lesione bens jurídicos alheios”<sup>154</sup>. Dessa forma, “permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de alteridade e lesividade”<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 25 mar. 2016.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 636569/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<file:///I:/Variados/Inquerito%20sobre%20o%20crime.pdf>> Acesso em: 25 mar. 2016. Contrarrazões do Ministério Público. p. 120.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 636569/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<file:///I:/Variados/Inquerito%20sobre%20o%20crime.pdf>> Acesso em: 25 mar. 2016. Recurso Extraordinário. p. 154.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 154.

Além disso, ressalta que o comportamento do indivíduo que leva consigo pequena quantidade de drogas para consumo pessoal, “não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, seu chamado status libertatis. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal” <sup>156</sup>.

Diante do exposto, pugnou a Defensoria Pública pelo provimento do recurso extraordinário, reconhecendo a violação da intimidade e da vida privada, e a consequente declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006.

### 3.1 Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no RE 635.659/SP

O Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, dispõe sobre o controle de constitucionalidade de normas penais, aduzindo que o tema em debate contrapõe direitos fundamentais, quais sejam, direito a intimidade e a vida privada, de um lado e, de outro, o direito a saúde pública e a segurança. Desse modo, deveria ocorrer controle proporcional, propiciando equilíbrio entre a intervenção e os objetivos perseguidos <sup>157</sup>.

Posteriormente, faz considerações sobre o crime de perigo abstrato; políticas regulatórias da posse de drogas para consumo pessoal; controle de evidência e de justificabilidade, controle material de intensidade; alternativas à criminalidade, manutenção das medidas do artigo 28 da Lei 11.348/2006 e apresentação do preso por tráfico ao juiz <sup>158</sup>.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, o Ministro chama atenção para a proteção aos direitos fundamentais em conflito – o direito coletivo a saúde e á

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 636569/SP**. Primeira Turma. Relator (a): Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<file:///I:/Variados/Inquerito%20sobre%20o%20crime.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Recurso Extraordinário. p. 156.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 3.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 3.

segurança versus o direito a intimidade a vida privada. Na sequência, “caberia examinar, como premissa de julgamento da norma impugnada, os parâmetros e limites do controle de constitucionalidade de leis penais”<sup>159</sup>, principalmente, nas normas que têm a finalidade de proteger bens jurídicos abstratamente considerados.<sup>160</sup>

Neste contexto, que é possível identificar, em diversas normas dispostas na Constituição Federal, “mandados de criminalização dirigidos ao legislador”, com a finalidade de proteção a bens e valores<sup>161</sup>. Assim, os dispositivos ostentam a importância dos direitos fundamentais, onde o Estado tem a obrigação de não apenas observar, mas sim garantir os direitos fundamentais da sociedade contra qualquer tipo de agressão de terceiros<sup>162</sup>. Contudo, além dos mandados de criminalização, a Constituição outorga ao legislador “margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal<sup>163</sup>”.

Ademais, “a tipificação de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa”<sup>164</sup>. Cumpre ressaltar, no entanto, que a autonomia do legislador, será limitada pelo princípio da proporcionalidade, sendo que a sua não observação ensejará “excesso do poder legislativo<sup>165</sup>”. Cita, ainda, como exemplo, a “contraditoriedade, a incongruência e a irrazoabilidade”<sup>166</sup>.

---

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 3.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 6.

No mais, as medidas interventivas devem se mostrar adequadas ao desempenho dos objetivos almejados, ao mesmo tempo que nenhum outro meio menos gravoso possa ser de igual modo eficaz para o êxito dos objetivos pretendidos <sup>167</sup>. Em outras palavras, a medida adequada, será aquela que se mostrar, concomitantemente, adequada e menos gravosa.

Verifica-se, então, a possibilidade “do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal” <sup>168</sup>, no sentido de que o Tribunal será responsável por analisar se o legislador agiu de forma adequada e necessária a defesa dos bens jurídicos fundamentais tutelados <sup>169</sup>. Portanto, deve o Tribunal, sempre que possível, tomar conhecimento das justificativas de determinada política criminal, “pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto [...] é que é possível averiguar se o órgão utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada” <sup>170</sup>.

Adiante, o Ministro faz considerações sobre o crime de perigo abstrato, uma vez que o principal argumento de quem é a favor da criminalização do porte de drogas é o de que o dano dessa conduta afeta toda a sociedade, pondo em risco a saúde e a segurança pública <sup>171</sup>. No entanto, apesar de controvérsias na doutrina, os crimes de perigo abstrato “podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, bem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico” <sup>172</sup>. Ressalta-se, portanto, que o legislador não tem como pressuposto a lesão concreta a determinado bem jurídico. Em outros termos, não é preciso que a lesão venha a se efetivar, pois é a partir de dados empíricos que o legislador “seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o

---

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 6.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 12.

indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental”<sup>173</sup>. Portanto, o crime estará consumado apenas com a conduta descrita na lei<sup>174</sup>.

Prossegue, aduzindo que a fiscalização a respeito da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato deve ser rígida, na medida em que o princípio da lesividade está muito próximo, e este muito próximo do princípio da proporcionalidade<sup>175</sup>. Exemplificando a questão, o Ministro proferiu votos em dois julgados em que condutas tipificadas como crime de perigo abstrato foram valoradas sob esse enfoque<sup>176</sup>. O Recurso Extraordinário 583.523 de sua própria relatoria e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

No primeiro, foi declarada a inconstitucionalidade da criminalização da posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto<sup>177</sup>. Ressaltou em seu voto que a norma não se apresentou adequada, uma vez que não estava protegendo o direito fundamental ao patrimônio e a incolumidade pública, devido a maneira como se restringia, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo “vadio ou mendigo”<sup>178</sup>. Aduziu, ainda, que a criminalização da conduta não era necessária, já que poderia ser substituída por medidas alternativas<sup>179</sup>.

Já no segundo caso, na ADI, alegou-se a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/2013, pois estes não

---

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 12.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 13

<sup>177</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 13.

acarretavam qualquer lesão ou perigo de lesão à vida ou à propriedade, tratando-se apenas de crime de mera conduta <sup>180</sup>.

Ato contínuo, para melhor compreensão, o Ministro clareia alguns conceitos de extrema importância. Primeiro, conceitua proibição como “o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos” <sup>181</sup>. De outro lado, despenalização seria “a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas de menor potencial ofensivo, sem afastá-las, portanto, do campo da criminalização” <sup>182</sup>. Acentua, ainda, o conceito de descriminalização como “exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal” <sup>183</sup>.

Adentrando na norma impugnada, o relator faz um estudo para saber se as medidas tomadas “são adequadas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade)” <sup>184</sup>.

Ademais, salienta que a diferença entre o art. 28 e o art. 33 da atual Lei de Drogas, reside na expressão “para uso pessoal”, presente na redação do art. 28, caput. <sup>185</sup>. Percebe-se, assim, que o legislador conferiu tratamento diferenciado para os usuários e o traficante de drogas, abolindo a pena privativa de liberdade para o primeiro <sup>186</sup>. Ressaltou, ainda, que a criminalização do porte de drogas não está de acordo com os fins buscados pela atual Lei de Drogas, estabelecidos no art. 18 e

---

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 14.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 16.

seguintes <sup>187</sup>, porquanto, na prática, apesar das consequências penais mais brandas, a previsão da conduta como crime, tem como resultado “em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas públicas sobre drogas em relação aos usuários e dependentes [...]” <sup>188</sup>.

De acordo com o Ministro, essa situação decorre da falha da lei que ao conferir tratamento distinto entre os usuários e traficantes, “não foi objetiva em relação a distinção [...]”<sup>189</sup> entre eles. Assim, “na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes” <sup>190</sup>.

No que diz respeito à justificabilidade da medida adotada, salienta que “não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas” <sup>191</sup>. Ademais, salienta que em outros países que adotaram modelos menos rigorosos em relação às drogas para uso pessoal, não foi constatado aumento ou diminuição da população que faz uso <sup>192</sup>.

Diante do exposto, entende que não há justificativa para o projeto de lei, uma vez que não há “referencia a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para o uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar” <sup>193</sup>. Assim, resta claro que “criminalização de condutas adstritas ao consumo pessoal de drogas, mostra-se,

---

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 16.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 23.



também nesse plano, em manifesta dissonância com o princípio da proporcionalidade”<sup>194</sup>.

Ademais, destaca a necessidade de examinar se a medida legislativa interventiva em determinado direito fundamental é realmente necessária, levando em consideração a Constituição, para proteção de outros bens de igual modo relevantes<sup>195</sup>.

Nesse enfoque, indaga-se a existência de bem jurídico relevante, uma vez tratar-se de conduta que causa, “quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros”<sup>196</sup>. Ressalta que não se trata de ignorar os riscos associados ao uso de drogas, mas em analisar se a intervenção penal mostra-se verdadeiramente necessária<sup>197</sup>. Portanto, imperiosos que seja identificado “não só o objeto da proteção, mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção”<sup>198</sup>.

Outrossim, “na valoração da importância de determinado interesse coletivo como justificativa de tutela penal há que se exigir a demonstração do dano potencial associado a conduta objeto da incriminação”<sup>199</sup>. Dessa forma, há que se verificar em que nível está o risco do interesse coletivo, para que possa, eventualmente, justificar a proteção do direito pena<sup>200</sup>.

Dessa forma, o conceito de saúde pública e de segurança pública “apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de

---

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 26.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 33.

condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal”<sup>201</sup>. Diante disso, cabe averiguar o nível de interferência nos direitos individuais, de forma a certificar-se da necessidade de intervenção<sup>202</sup>.

Destaca, ademais, a importância do livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação, uma vez que a “criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações”<sup>203</sup>. Esclarece que nossa Constituição traz a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, como direitos de personalidade<sup>204</sup>. Pode-se extrair deles, portanto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação<sup>205</sup>.

Colocada essa questão e relacionando-a com a criminalização do uso de drogas, é medida que prejudica desproporcionalmente o direito à vida privada e a autodeterminação, mesmo que cause prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor<sup>206</sup>. Portanto, a conduta de portar e usar drogas, coloca em risco unicamente a pessoa do usuário e não a terceiros, mesmo que a droga seja adquirida mediante traficantes<sup>207</sup>.

Ressaltou que, mesmo que a posse de drogas não integre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ainda sim, não estaria legitimado o uso do direito penal para o controle do uso de drogas, uma vez que poderiam ser utilizadas outras medidas de natureza administrativa, por exemplo.<sup>208</sup>

---

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 35.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 39.

Dessa forma, a criminalização da posse de drogas, mostra-se extremamente agressiva à privacidade e à intimidade<sup>209</sup>. Acrescenta que dependente e até mesmo o usuário, estão em situação de fragilidade, devendo ser destinatários de políticas de atenção à saúde e reinserção social, conforme legislação vigente<sup>210</sup>.

Sustenta, que a manutenção da criminalização da posse de drogas para uso próprio “é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito a livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma desproporcional”<sup>211</sup>.

Por fim, votou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, com o intuito de afastar do dispositivo “todo e qualquer efeito de natureza penal”<sup>212</sup>. Todavia, devem ser mantidas, “no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa”<sup>213</sup>.

### 3.2 Voto do Ministro Edson Fachin no RE 635.659/SP

No dia 10/09/2015, após pedir vista, o Ministro Edson Fachin considerou o tema de “caráter hipercomplexo e transdisciplinar”<sup>214</sup>.

Urge salientar, logo de início, que o Ministro limitou seu voto, observando o caso concreto, ou seja, “a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do

---

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 39.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 40

<sup>212</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>213</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 1.

porte unicamente de maconha para o uso próprio em face dos direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade”<sup>215</sup>. Isso quer dizer que a discussão não será realizada levando em consideração todas as drogas ilegais existentes.

Indubitavelmente, esclarece o Ministro, que o consumo de drogas acarreta “sérios transtornos e danos físicos e psíquicos, eventualmente até mesmo a morte de quem as consome”<sup>216</sup>. Além do mais, associam-se, diversas vezes, a outros danos, como, por exemplo, o cometimento de outros delitos para o sustento do vício<sup>217</sup>.

Todavia, a polêmica também se coloca defronte da “liberdade, da autonomia privada e dos limites de interferência estatal sobre o indivíduo”<sup>218</sup>. Nesta linha de raciocínio, cita o doutrinador Carlos Santiago Nino, o qual assevera a existência de três argumentos para punição do consumo de drogas, “um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade”<sup>219</sup>.

No argumento perfeccionista, há a reprovabilidade moral da conduta. Em outras palavras, o porte e o uso de drogas são considerados comportamentos moralmente reprováveis e, por isso, devem ser atacado através de uma resposta penal por parte do Estado<sup>220</sup>. Vale dizer que o argumento perfeccionista determina um padrão de conduta a ser seguida por todos os indivíduos, estabelecendo “um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado”<sup>221</sup>.

No entanto, contesta o Ministro, “se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios,

---

<sup>215</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 2.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 3.

elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal [...]”<sup>222</sup>. Continua, asseverando que não podem, da mesma forma, julgar as ações de determinado cidadão por suas consequências, unicamente, de caráter pessoal do agente<sup>223</sup>. Assim, cada indivíduo deve escolher seus ideais que integram seu sistema moral, não podendo, esses ideais, serem impostos pelo Estado<sup>224</sup>.

Já o argumento paternalista, “justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar”<sup>225</sup>. Esse argumento “busca proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas”<sup>226</sup>. Entretanto, a proteção do Estado, em face dessas pessoas, não deve ser pela via penal, mas sim pela via informativa, ou seja, através de campanhas preventivas e educativas, criação de políticas públicas e outras medidas que desincentivem o uso de drogas ilícitas<sup>227</sup>.

E por fim, o argumento de defesa da sociedade, que “justifica o tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos (incluída aí a família como instituição) que podem sofrer os efeitos [...] dos atos de quem usa drogas”<sup>228</sup>. Não obstante, esclarece o Ministro que “para prevenir e reprovar as eventuais condutas excessivas dos usuários de drogas, o Direito Penal já oferece uma série de outras sanções”<sup>229</sup>. Em outros termos, o usuário de drogas que age de forma excessiva, como, por exemplo, furtando ou roubando para sustentar o seu vício, já será punido pelos crimes de furto e roubo, mas não pelo uso da droga<sup>230</sup>.

---

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 3.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>229</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 4.

Percebe-se, portanto, que o que pode trazer malefícios aos cidadãos são as condutas derivadas, ocasionalmente, do uso de drogas, e não o uso da droga por si só<sup>231</sup>. Ressalta-se, novamente, que essas condutas derivadas do uso de drogas já possuem previsão no Direito Penal.

Neste contexto, evidencia a crítica de Carlos Santiago Nino, o qual esclarece que “para o autor, criminalizar o porte de drogas para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue [...]”<sup>232</sup>. Nessas condições, evidencia-se uma falsa proteção da sociedade<sup>233</sup>.

Imperioso destacar que a “autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune a interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio [...]”<sup>234</sup>. Continua aduzindo que o processo de constitucionalização do direito penal, “passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária [...], criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação”<sup>235</sup>. Portanto, tem como premissa a dignidade da pessoa humana e esta impede que o Direito Penal intervenha tendo como objetivo “a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros”<sup>236</sup>.

Nestas razões, necessária a análise da compatibilidade das sanções e a conduta. O Ministro, dessa forma, utilizou-se do controle de constitucionalidade de

---

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 4.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>235</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 6.

norma penal, em especial, do “exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade”<sup>237</sup>, utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes. Dessa forma, “nessa proposição, há dois níveis de análise: o de proporcionalidade e o de ofensividade”<sup>238</sup>. No entanto, assevera o Ministro que o nível de proporcionalidade “não nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato”<sup>239</sup>. Portanto, utiliza-se do critério de ofensividade para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas<sup>240</sup>.

Destarte, aduz duas premissas básicas para a interpretação do Direito Penal à luz da Carta da República: “a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos fundamentais”<sup>241</sup>. A primeira justifica-se na medida em que, em situações excepcionais, “é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa”<sup>242</sup>. Dessa forma, “exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade, a separação entre penas e medidas de segurança jamais autorizaria fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações”<sup>243</sup>. Assim, no caso em tela, é possível premeditar que a incriminação do uso de drogas está localizada em sensível demarcação “entre o Direito Penal do autor e do fato”<sup>244</sup>. Portanto, o porte de drogas para consumo pessoal, “embora tipifique ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade”<sup>245</sup>.

---

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 7.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>243</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 7.

No que diz respeito às limitações dos direitos fundamentais, “é preciso que eventual restrição encontre fundamentação constitucional”<sup>246</sup>. Neste sentido, levando em consideração que a tipicidade de determinada conduta provém da teoria dos direitos fundamentais “[...] ao legislador não compete apenas observar a reserva da lei para tipificar determinada conduta, como também deve demonstrar que pela incriminação outro direito fundamental será protegido”<sup>247</sup>.

Assim, esclarece o Ministro que o marco inicial para delimitação do campo de restrição da autonomia está no princípio da ofensividade, porquanto, somente existindo dano efetivo, poderá haver interferência na autonomia de outros indivíduos, o que poderia legitimar a coerção<sup>248</sup>. Insurge-se que a intervenção do Direito Penal é tão somente “[...] uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta”<sup>249</sup>.

Na mesma esteira, ressalta que “o dependente é vítima e não criminoso germinal”<sup>250</sup>. Assim, o dependente deve ser considerado como doente e, ao necessitar de tratamento, este deve ser oferecido pelo Estado (e até mesmo pela sociedade) obrigatoriamente, nos termos do art. 196 da Constituição Federal<sup>251</sup>. Desse artigo, extrai-se que “[...] o acesso à saúde é universal [...] e, por conseguinte, deve abarcar todos os indivíduos que necessitarem dos seus serviços para a preservação da própria integridade física e mental”<sup>252</sup>.

---

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 7.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>248</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>251</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 17.



Outro ponto que é destacado pelo Ministro, é o de “estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico” <sup>253</sup>. Em outras palavras, devem ser estabelecidos parâmetros objetivos de quantidade da droga que caracterizem o uso e o tráfico de drogas, uma vez que, caso não sejam estabelecidos, todos os indivíduos que portarem drogas serão considerados traficantes, principalmente, aqueles de baixa renda <sup>254</sup>.

Diante de todo o exposto, o Ministro votou pelo provimento parcial do recurso, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, exclusivamente, para a conduta de portar maconha para consumo pessoal <sup>255</sup>.

### 3.3 Voto do Ministro Roberto Barroso no RE 635.659/SP

Logo de início, o Ministro Roberto Barroso salientou que, para o problema em questão, “não há solução juridicamente simples, nem moralmente barata” <sup>256</sup>. Ademais, salienta que é uma boa hora para o Supremo Tribunal Federal discutir a “gravíssima questão” <sup>257</sup>, e que, em uma democracia, nenhum tema deve ser tabu <sup>258</sup>. Todas as questões devem ser discutidas, com a finalidade de achar a melhor solução, sem levar

---

<sup>253</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Voto do Ministro Edson Fachin p. 17.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>255</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>256</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 1.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 1.

em “preconceitos ou visões moralistas da vida” <sup>259</sup>. E, no mais, delimita seu voto, exclusivamente, no que diz respeito ao consumo pessoal da maconha <sup>260</sup>.

No caso em apreço, aduz que é necessário estabelecer os conceitos de descriminalizar, que “significa deixar de tratar como crime” <sup>261</sup>, despenalizar, que “significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas” <sup>262</sup> e legalizar que “significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa” <sup>263</sup>. Na problemática exposta, deixa claro que o voto diz respeito à descriminalização, somente <sup>264</sup>. Em outros termos, o uso de maconha e outras drogas continuarão ilícitos <sup>265</sup>.

Noutro giro, enfatiza que a “a interpretação constitucional é uma atividade que se desenvolve no largo espectro que vai da proteção dos direitos fundamentais ao pragmatismo jurídico” <sup>266</sup>. No que se referem aos direitos fundamentais, esses “funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas” <sup>267</sup>, sendo uma de suas características primordiais, a sua aplicabilidade à maioria das políticas. Em outras palavras, portanto, os direitos fundamentais funcionam “como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador” <sup>268</sup>.

Já o pragmatismo jurídico, tem como característica que merece destaque, o chamado contextualismo, que significa “que a realidade concreta em que situada a

---

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 1.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>261</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>266</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 2.

questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada”<sup>269</sup>, e o consequencialismo, “na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação”<sup>270</sup>. Assim, caberá ao magistrado elaborar a decisão que possua as melhores consequências para a sociedade<sup>271</sup>. No entanto, salienta o Ministro que “[...] seja sob a égide da primazia dos direitos fundamentais, seja por avaliação pragmática -, chega-se a mesma solução neste caso”<sup>272</sup>.

Destacou que o uso de drogas ilícitas é uma coisa ruim, que não trará qualquer benefício para o usuário, e que, portanto, o dever do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; c) combater o tráfico<sup>273</sup>.

Prossegue o Ministro, frisando que a guerra às drogas fracassou, porquanto, “passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico”<sup>274</sup>, levando em consideração, ainda, o “custo político, social e econômico”<sup>275</sup>.

Todavia, também, “é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira”<sup>276</sup>, e não olhar o problema sob a ótica do primeiro mundo. Em outros lugares, o maior problema é o usuário. No entanto, “entre nós, este não é o único problema e nem sequer é o mais grave”<sup>277</sup>, e sim, o poder do tráfico, que resulta da ilegalidade da droga<sup>278</sup>.

---

<sup>269</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 2.

<sup>272</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 3

<sup>275</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>276</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>277</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>278</sup> Ibidem, p. 3.

Evidencia três prioridades. A primeira seria “neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico. Para isso, só há uma solução: acabar com a ilegalidade das drogas e regular a produção e distribuição” <sup>279</sup>. No entanto, não é a discussão no presente momento. A segunda prioridade, “deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções” <sup>280</sup>. A terceira prioridade é o consumidor, o qual “não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco” <sup>281</sup>.

Registra, posteriormente, as razões pragmáticas para a descriminalização da maconha. A primeira razão é o fracasso da atual política. Aduz, dessa maneira, que “no lugar de reduzir a produção, o comércio e o consumo, a política mundial de criminalização e repressão produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado” <sup>282</sup>. Concomitantemente, cresceu a criminalidade associada ao tráfico de drogas, que induziu, também, o tráfico de armas <sup>283</sup>. A segunda razão é o alto custo para a sociedade, uma vez que o modelo criminalizador, resulta no aumento da população carcerária e da violência. Ademais, há o problema do encarceramento dos jovens primários que são postos junto com bandidos de alta periculosidade e, ao voltarem para as ruas, são mais perigosos. No mais, há o problema de não existir um critério objetivo para distinção entre o usuário e o traficante <sup>284</sup>. A terceira razão é que “a criminalização afeta a proteção à saúde pública” <sup>285</sup>, uma vez que a criminalização dessas condutas favorece a exclusão e marginalização dos usuários, prejudicando o acesso a tratamentos <sup>286</sup>.

---

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 4.

<sup>280</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>282</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>283</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 5.

No que diz respeito aos fundamentos jurídicos para a descriminalização, aduz o ministro três fundamentos principais que justificam e legitimam a descriminalização, tendo como base a Constituição <sup>287</sup>.

O primeiro é a violação do direito a intimidade e a vida privada, protegidos pelo art. 5º, X da Constituição. Assim, “o direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado” <sup>288</sup>. Em outros termos, o que um indivíduo faz dentro de sua intimidade, de sua religião ou hábitos pessoais, devem ficar no âmbito de sua decisão e discricionariedade, exceto quando afetar bem jurídico alheio <sup>289</sup>.

O segundo fundamento é a violação à autonomia individual, a qual pode ser restringida pela lei. No entanto, “a liberdade possui um núcleo essencial e intangível” <sup>290</sup>. Assim, emana da autonomia individual a autodeterminação, ou seja, o direito de fazer escolhas que bem entender, de acordo com seus ideais <sup>291</sup>.

O terceiro é a violação ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, pois “para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional” <sup>292</sup>. Na esfera penal, a ideia de proporcionalidade se exprimi a partir de alguns conceitos, quais seja, a lesividade da conduta, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente.

---

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 7.

<sup>288</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>289</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>290</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>292</sup> Ibidem, p. 9.

A lesividade da conduta, “exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização” <sup>293</sup>. Neste sentido, salienta o Ministro que o bem jurídico lesado com o uso de maconha é a saúde do próprio indivíduo, e não bem jurídico alheio <sup>294</sup>. Ademais, a criminalização afasta o usuário do sistema de saúde, tanto pelo risco quanto pelo estigma.

A vedação ao excesso, se traduz na medida em que a criminalização do consumo de maconha não parece adequada, uma vez que “os números revelam que a medida não tem sido eficaz” <sup>295</sup>, bem como porque “a saúde pública não só não é protegida como é de certa forma afetada pela criminalização” <sup>296</sup>.

A proibição da proteção deficiente mostra-se quando da aferição do custo benefício da criminalização, ocasião em que a desproporcionalidade se evidencia <sup>297</sup>. Nas palavras do Ministro, “o custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas dos jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes [...]” <sup>298</sup>.

Ademais, é essencial o estabelecimento de critérios objetivos para distinção do usuário e do traficante, com a finalidade de minimizar a discricionariedade judicial e uniformização da aplicação da lei <sup>299</sup>. Neste sentido, o Ministro alvitra a quantidade de 25 gramas, somente para ter o apoio do Tribunal, pois sua preferência pessoal é a fixação do critério quantitativo de 40 gramas <sup>300</sup>. Deixa claro, portanto, que “o que se

---

<sup>293</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 9.

<sup>294</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 9

<sup>296</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>298</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>300</sup> Ibidem, p. 11

está se estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante”<sup>301</sup>. No entanto, poderá o juiz afastar essa presunção, dependendo dos elementos do caso concreto, podendo, por exemplo, “entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior”<sup>302</sup>.

Dessa forma, e diante do exposto, declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 quando se tratar de maconha, até 25 gramas ou 6 (seis) plantas fêmeas<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **653.659/SP**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Anotações do voto oral do Ministro Luiz Roberto Barroso. p. 11.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>303</sup> Ibidem, p. 11.

## CONCLUSÃO

Conforme já exposto, o tema da presente monografia é análise doutrinária e jurisprudencial da aplicação do Princípio da Insignificância no crime de portar drogas para consumo pessoal, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como os votos já proferidos no Recurso Extraordinário 659.653/SP, que trata da inconstitucionalidade do respectivo crime.

É notório que a função do Direito Penal compreende a proteção indispensável a bem jurídicos ameaçados. No entanto, a doutrina e a jurisprudência entendem que condutas causadoras de danos irrelevantes não merecem a atenção e resposta estatal punitiva, o que resulta na aplicação do Princípio da Insignificância.

O mencionado postulado foi criado pelo jurista Claus Roxin, com intuito de que, após análise meticulosa das circunstâncias fáticas, determinados casos sejam afastados da esfera penal, tendo em vista a irrelevância jurídica da conduta praticada pelo autor. Ademais, deve o intérprete levar em consideração a conduta do homem médio para que, dentro da regra da razoabilidade, avaliar um fato como uma conduta insignificante.

No presente trabalho, discute-se a aplicação do Princípio da Insignificância no crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas ocorrências em que a quantidade de drogas é tão ínfima, a ponto de causar qualquer tipo de dano a coletividade e, até mesmo, ao próprio usuário.

Cumprido salientar que a nova Lei de Drogas não descriminalizou o porte ou a posse ilegal de drogas para consumo pessoal, mas sim despenalizou a conduta, tendo em vista a não aplicação de pena restritiva de liberdade, aplicando tão somente medidas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa educativo).



Ademais, a manutenção da criminalização descritas no dispositivo, segundo a doutrina e a jurisprudência dominante, encontra respaldo constitucional, na medida em que há necessidade da preservação do indivíduo, bem como da coletividade, que demanda indiscutivelmente intervenção estatal quando está em discussão o interesse público. No entanto, na medida em que foi preservado o delito de portar drogas para consumo pessoal, bem como seu abrandamento, a discussão sobre o reconhecimento da insignificância no respectivo tipo penal, tornou-se mais profundo, uma vez que para configuração do tipo é necessária que haja a pouca quantidade de drogas.

Dessa forma, há os defensores mais conservadores que entendem ser inadequada a aplicação do Princípio da Insignificância na infração tipificada no art. 28 da Lei 11.434/2006, em razão da própria redação do dispositivo prever a pequena quantidade de tóxico, bem como do delito ser considerado como crime de perigo abstrato. Decorreria daí, portanto, um embaraço, pois ao ser admitido o Princípio da Insignificância, estar-se-á esvaziando o tipo penal, uma vez que é da própria natureza do delito proteger, em qualquer circunstância, a coletividade dos efeitos advindos das drogas, e punir o usuário que tenha consigo drogas, mesmo que em pequena quantidade e somente para seu consumo.

Em outra banda, estão os defensores da possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância no respectivo tipo penal, isso porque, mesmo que o crime esteja tipificado, é necessário, sempre, a averiguação de acordo com as circunstâncias fáticas, bem como da capacidade ofensiva da conduta. Logo, não poderia haver a condenação de determinado indivíduo que estivesse portando drogas para seu consumo, uma vez que essa conduta é incapaz de oferecer qualquer nível de periculosidade a saúde da coletividade. Ademais, para os adeptos dessa linha de pensamento, entendem que punir um indivíduo que porta drogas em pequeníssima quantidade para seu próprio consumo seria inconstitucional, em razão de estar violando o direito a intimidade, bem como o direito a autodeterminação, ambos previstos na Constituição Federal.

Diante do exposto, vale dizer que a jurisprudência e a doutrina encontram-se divididas. Entre os que entendem pela inviabilidade da aplicação do Princípio da Insignificância no crime de portar drogas para consumo próprio estão os doutrinadores Andrey Borges de Mendonça, Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Sérgio Ricardo de Souza e Fernando Capez. De outro lado, entendendo pela aplicação do respectivo postulado, estão Paulo Rangel, Carlos Roberto Bacila, Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes.

No que diz respeito ao entendimento dos Tribunais, estes também não possuem entendimento pacífico. O Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, entendia pela aplicação do Princípio da Insignificância, conforme Recurso Especial 154.840/PR e 164.861/SP, ambos de relatoria do Ministro Luiz Vicente Carnicchiaro, o qual afirmou que a pequeníssima quantidade de drogas não projeta qualquer perigo para a sociedade. No entanto, não obstante esses julgados, o entendimento da corte modificou-se no sentido de não mais admitir a aplicação do Princípio da Insignificância. Na mesma linha de entendimento estão os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (HC 103.749/MG), Jorge Mussi (HC 181.486/SP), Rogério Shietti Cruz (HC 135.508), Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no Resp 1578209), Sebastião Reis Junior (AgRg no Resp 1442224), Ribeiro Dantas (HC 326341), Reynaldo Soares da Fonseca (RHC 57761), Nefi Cordeiro (HC 195985).

Já o Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, iniciou com o entendimento pela não aplicação do Princípio da Insignificância, conforme o Habeas Corpus 102.940/ES, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, por entender que a conduta de portar drogas para consumo próprio não atinge somente a saúde do indivíduo, mas sim de toda a coletividade, sendo que votaram no mesmo sentido os Ministros Marco Aurélio (HC 87.319/PE), Nelson Jobim (HC 83.191/DF e 81.523/PR) e o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 88.820/BA). Posteriormente, houve mudança no entendimento da Suprema Corte, quando a 1ª Turma aplicou o Princípio da Insignificância para usuário flagrado com apenas 0,6g de maconha (HC 110.475/SC – Relator Ministro Dias

Toffoli). Votaram no mesmo sentido os Ministros Luiz Fux, Carmén Lúcia e Rosa Weber.

Posto isto, o entendimento da autora é no sentido de que o Estado somente poderá intervir nas relações com o Direito Penal, quando este for estritamente necessário, ou seja, somente quando imprescindível e depois de constada a lesividade da conduta do agente, mesmo que se trate de perigo abstrato, como no caso do crime de portar drogas para consumo pessoal. Portanto, se ficar demonstrada que a quantidade da droga, especificamente maconha, for ínfima, a ponto de não oferecer qualquer grau de periculosidade para a coletividade, não há obstáculos para a aplicação do Princípio da Insignificância.

Por fim, cumpre salientar que a discussão sobre a aplicação do Princípio da Insignificância pode ser encerrada, na medida em que está em discussão no Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Caso entendam pela inconstitucionalidade do crime de portar drogas para consumo pessoal, em outras palavras, pela descriminalização do tipo penal, não há que se falar em aplicação do Princípio da Insignificância, uma vez que não haverá mais crime quando o indivíduo estiver levando consigo drogas para consumo próprio.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **O Princípio da Insignificância e sua aplicação jurisprudencial.** In: Revista da AJUFE /Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 17, n. 58 (mar/set 1998). Brasília: AJUFE, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** 1 ed. Atlas, 2013, p. 171.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

DIEHL, Alessandra, FIGLIE, Neliana Buzi. **Prevenção ao Uso de Álcool e Drogas: O Que Cada um de Nós Pode e Deve Fazer?** Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 16.

ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte geral (arts 1 ao 120). Volume 1, 5 ed. Saraiva, 2016. p. 139.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal:** parte geral, 5 ed. São Paulo: Saraiva, /2012. p. 306.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 158.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal.** Vol. 6. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas:** Anotada Lei n.º 11.343/2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio.** Uma visão minimalista do direito penal. 1 ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 83.

- KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Rio de Janeiro: Ed. Luan, 1991. p. 126
- MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 218.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 335.
- PRESTES, Cássio Vinicius Dal Castel Veronezzi Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 48.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **A Propósito do Princípio da Igualdade**. 2008. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-principio-da-igualdade/>>. Acesso em: 22 out. 2008.
- QUEIROZ, Paulo Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 25.
- RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4
- RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 1 ed. São Paulo: Vega. p. 28.
- SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 221.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP. Doutrina e Jurisprudência pós-reformas de 2008**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55