



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS

**MARCELA WALCACER VIEGAS**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28  
DA LEI 11.343 de 2006**

Brasília  
2014

**MARCELA WALCACER VIEGAS**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28  
DA LEI 11.343 de 2006**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Humberto Fernandes

Brasília  
2014

**MARCELA WALCACER VIEGAS**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ART. 28  
DA LEI 11.343 de 2006**

Monografia apresentada como requisito para a  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Humberto Fernandes

Brasília, de de 2014.

**Banca Examinadora**

---

**Prof. Humberto Fernandes**  
**Orientador**

---

**Examinador**

---

**Examinador**

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, por me apoiarem durante todo esse processo e por sempre me amarem independentemente de qualquer coisa.

Ao orientador e professor Humberto Fernandes Moura, por toda paciência e por todos os ensinamentos durante os dois últimos semestres.

Aos meus amigos, que sempre me apoiaram e me deram forças para concluir essa etapa.

## RESUMO

O presente trabalho analisa se é possível aplicar o princípio da insignificância no art. 28 da Lei 11.343 de 2006, qual seja, o porte para uso pessoal de drogas. Para isso, foi feita uma análise quanto ao conceito, natureza jurídica, origem, evolução histórica e quais os critérios e limites adotados pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação do princípio da insignificância. Ademais, observou-se as Políticas de Drogas, inovações trazidas pelo novo art. 28 da Lei 11.343/06 e foram feitos breves comentários acerca da descriminalização do consumo de entorpecentes no Brasil, Argentina e Portugal, a fim de analisar precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para elucidar os posicionamentos e fundamentos adotados frente a aplicação do princípio da insignificância.

**Palavras chave:** Princípio da insignificância. Lei 11.343/06. Usuário. Drogas. Políticas públicas. Descriminalização.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....</b>	<b>8</b>
1.1 Origem.....	8
1.2 Conceito e Natureza jurídica do Princípio da Insignificância .....	10
1.3 A aplicação do princípio da insignificância segundo o STF .....	14
<b>2 PORTE DE DROGAS .....</b>	<b>18</b>
2.1 Política de Drogas.....	18
2.2 Inovações do art. 28 da Lei 11.343/06.....	24
2.3 Descriminalização .....	29
2.3.1 <i>Brasil</i> .....	29
2.3.2 <i>Argentina</i> .....	33
2.3.3 <i>Portugal</i> .....	39
2.3.4 <i>Aproximações e Divergências</i> .....	43
<b>3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 .....</b>	<b>45</b>
3.1 Entendimentos doutrinário .....	45
3.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça .....	47
3.3 Entendimento do Supremo Tribunal Federal .....	52
3.4 Da aplicação .....	58
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia analisará se é possível a aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para uso pessoal.

A escolha do tema foi motivada pelas intensas discussões presentes no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Os Egrégios Tribunais mencionados não apresentam entendimento pacífico acerca do assunto, aliás os próprios Ministros apresentam posicionamentos divergentes acerca da temática a ser abordada. A doutrina também não apresenta posicionamento pacífico acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância no art. 28 da Lei 11.343/06. Com isso a temática demonstra ser bastante relevante e portanto deve ser discutida.

O axioma da insignificância sofre muitas críticas por não estar consolidado na legislação pátria, entretanto foi acolhido tanto pela doutrina como pela jurisprudência brasileira. Desta forma, discute-se se é cabível a aplicação do Princípio da Insignificância ao dispositivo 28 da Lei de Drogas, e quais as prerrogativas e limites adotados pelos Tribunais Pátrios diante do caso concreto.

Para enfrentar a questão, o trabalho será dividido em três capítulos, onde, inicialmente, será feita uma análise quanto ao conceito e natureza jurídica do princípio da insignificância, tendo em vista gerar inúmeras incertezas por não estar inserido de forma expressa no Código Penal brasileiro. Além disso, far-se-á um apanhado de sua origem e evolução histórica e por fim quais os critérios e limites adotados pelo Supremo Tribunal Federal para a sua aplicação. Para isso, será feito um estudo baseado na doutrina para dar embasamento teórico e aprofundar a essência da questão, bem como jurisprudência que aborda a problematização em questão diante de casos concretos.

O segundo capítulo tratará especificamente sobre o porte de drogas observando as políticas de drogas criadas pela Lei de Drogas, inovações trazidas pelo novo art. 28 da Lei 11.343/06 e discussões acerca da descriminalização do dispositivo em comento. Logo, será de suma importância fazer um estudo do art. 28 da Lei 11.343/06, que dispõe sobre o porte para uso pessoal de substância ilícitas. Para isso, serão observadas as mudanças efetuadas com a revogação da antiga Lei nº 6.368/76, salientando as pontuais modificações trazidas ao novo

dispositivo. Além disso, serão feitos breves comentários acerca da descriminalização do consumo de entorpecentes no Brasil, Argentina e Portugal. Neste quadro, a legislação será usada para elucidar alguns pontos que serão tratados, em destaque o art. 28 da lei 11.343/06, o qual trata de usuários de drogas.

No terceiro e último capítulo, serão analisados precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para elucidar os posicionamentos e fundamentos adotados frente à aplicação do princípio da insignificância.

## 1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Neste capítulo será feita uma análise observando características específicas, origem e quais os requisitos exigidos para a aplicação do princípio da insignificância. Para esta finalidade serão utilizados posicionamentos doutrinários, bem como jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É de grande importância entender as premissas referentes a este axioma, pois proporcionará uma maior compreensão quanto ao posicionamento dos tribunais pátrios frente à aplicação ou não do princípio da insignificância nos casos alusivos aos usuários de drogas.

### 1. 1 Origem

A origem do princípio da insignificância é muito controvertida, considerando que existem autores, como Diomar Ackel Filho, que prescrevem a existência da aplicação da bagatela desde o Direito Romano e outros, como Celso Celidonio, que observam seu reconhecimento depois da Segunda Guerra Mundial na Europa no que se diz respeito aos crimes relacionados ao patrimônio.<sup>1</sup>

Neste sentido, para alguns autores o princípio da insignificância já era presente no Direito Romano, ou seja, já existia a premissa de que o pretor (magistrado da Roma antiga), não ocupava-se de crimes de bagatela. Todavia, há muitas críticas acerca desta teoria ser a precursora do postulado em questão, pois na época, conforme afirma Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o Direito de Roma teve como base de seu desenvolvimento o Direito Privado.<sup>2</sup>

O referido autor ainda critica que os romanos não possuíam qualquer “noção” acerca do princípio da legalidade, princípio este que deve ser usado com um complemento ao princípio da insignificância, pois apesar de ser um axioma extralegal não é extrajurídico. Portanto, ainda conforme Ribeiro Lopes, o princípio em questão deriva do Direito Criminal para dar coerência a interpretação ao mesmo. Afirma o referido autor:

---

<sup>1</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

<sup>2</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O princípio da insignificância, conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico. É um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez. Sendo, pois, princípio específico do Direito Penal, não consigo relacioná-lo com a (paradoxalmente) máxima *minimis non curat praetor*, que serve como referência, mas não como via de reconhecimento do princípio.<sup>3</sup>

Para outros autores, este princípio originou-se na Europa, com o excessivo desemprego e a escassez de alimentos, resultado das duas grandes Guerras. Tiveram como consequência o surto de pequenos furtos de objetos de mínima relevância. Receberam a denominação por doutrinadores como Zugaldia Espinar e José Miguel de “criminalidade de bagatela”.<sup>4</sup>

No entanto, Maurício Antônio Lopes também critica tal origem, pois o *Bagatelledelikte* (crime de bagatela), é um princípio do Direito Penal e não de caráter econômico ou patrimonial, portanto deve incidir as normas de Direito Penal.<sup>5</sup> Dessa forma, afirma o autor:

O *Bagatelledelikte* não é uma regra apêndice das normas de cunho patrimonial, mas um princípio de Direito Penal e como tal sujeito a influir, direcionar e determinar o conteúdo de todas as normas penais.<sup>6</sup>

Para Mauricio Antônio Lopes o princípio da insignificância não pode se desvincular do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*), ou seja, o axioma em questão tem respaldo na legalidade. Aliás, isso é confirmado, segundo o autor, pela evolução histórica.<sup>7</sup> Portanto, na linha de Maurício Antônio Lopes, o princípio da insignificância tem origem na evolução do axioma da legalidade criado no iluminismo pelos filósofos iluministas da época.<sup>8</sup>

Apesar de discursões quanto a sua real origem, foi em 1964, que este postulado ganhou força, pois Claus Roxin pressupôs, em seu trabalho publicado no mesmo

<sup>3</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 38.

<sup>4</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>5</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>6</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 40

<sup>7</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>8</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Curitiba: Jurua, 2008.

ano, o princípio da insignificância como causa de excludente de tipicidade no campo penal. Do referido trabalho abstrai-se que a existência mínima de determinado dano patrimonial, constatando a descaracterização de prejuízo a um terceiro, será aplicado o princípio da insignificância ou da bagatela e desta forma não será necessária a intervenção do direito penal.<sup>9-10</sup>

A partir do trabalho de Roxin, alguns países passaram a adotar o princípio da insignificância em seu ordenamento jurídico com o decorrer dos anos, com exceção da Coréia do Norte, China e Albânia, pois o princípio da legalidade ainda não é previsto em seus Códigos Penais.<sup>11</sup> No Brasil, podemos citar como exemplo o Código Penal Militar brasileiro, onde seu art. 209, §6, prescreve: “No caso de lesões, levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar”.<sup>12</sup> Neste caso, observa-se que o magistrado tem discricionariedade quanto a aplicação ou não da sanção, podendo considera-la apenas como uma infração disciplinar pelo caráter irrelevante da conduta.

Contudo, conclui-se que tal princípio mostra-se cada vez mais presente no âmbito jurídico. Sua aplicação deve incidir sobre condutas as quais não há repercussão relevante no direito penal, e desta forma, deixa de ser uma conduta efetivamente punível, ou seja, a conduta torna-se atípica, pois o Direito Penal não deve-se ocupar de condutas ínfimas, mínimas ou insignificantes.<sup>13</sup>

## 1.2 Conceito e Natureza jurídica do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância não está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa, quer dizer é um princípio que encontra amparo na doutrina e

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.ed. Lisboa: Editora Vega, 1998.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

<sup>11</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2014.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

jurisprudência.<sup>14</sup> Entretanto, como já mencionado, está descrito de forma expressa no art. 240, §6º do Código Penal Militar.<sup>15</sup>

Foram estabelecidos critérios pela jurisprudência e doutrina para aplicação deste axioma, tendo em vista ser um princípio implícito, no entanto, nas palavras de Ivan Luiz da Silva, “encontram em estado latente no ordenamento jurídico”.<sup>16</sup>

Neste contexto, afirma o renomado autor Francisco de Assis Toledo:

"Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se com bagatelas".<sup>17</sup>

Em outras palavras, o fato que demonstra-se ser insignificante para o campo penal não deve ser sancionado, ou seja, o direito penal não deve ser acionado para ocupar-se de questões insignificantes.

Para o renomado autor Diomar Ackel, o princípio da insignificância consiste na inexpressividade de uma ação, a qual torna-se ínfima e livre de qualquer reprovabilidade, portanto não deve o Direito Penal ocupar-se dos crimes de bagatela.<sup>18</sup> Dessa forma, prescreve o referido autor:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes.<sup>19</sup>

Por outro turno, Regis Prado, conceitua princípio na esfera penal como sendo:

“[...]o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático

<sup>14</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>15</sup> REBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>16</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Curitiba: Jurua, 2008.

<sup>17</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

<sup>18</sup> ACKEL FILHO, Diomar. Op. Cit., 1998.

<sup>19</sup> ACKEL FILHO, Diomar. Op. Cit., 1998. p. 73.

e social de Direito. Em síntese servem de fundamento e limite à responsabilidade penal.”<sup>20</sup>

Os princípios em geral, limitam a atuação estatal, desse modo os direitos fundamentais e as liberdades que são garantidas aos indivíduos pela Constituição Federal são protegidos, tendo em vista servirem de apoio ao magistrado para aplicação de uma lei penal diante de um caso concreto.<sup>21</sup>

Acrescenta o autor Mauricio Antônio Ribeiro Lopes como crimes insignificantes:

“[...] ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes, que não merecem a reprovabilidade penal.”<sup>22</sup>

Em outras palavras, uma conduta ínfima ou banal e sem nenhuma relevância na esfera penal constitui o que é denominado como princípio da insignificância ou da bagatela.<sup>23</sup>

Neste contexto, mesmo que a conduta seja penalmente punível, não deve o direito penal tratar de ações que apresentem qualquer ofensa ou risco ao bem jurídico tutelado pela norma.<sup>24</sup> Conforme prescreve Cezar Roberto Bitencourt:

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. [...] é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.”<sup>25</sup>

Portanto, o juiz perante o caso concreto tem como auxílio o princípio da insignificância, com o intuito de excluir a aplicação da lei penal diante de infrações consideradas insignificantes.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> PRADO, Regis Luiz. *Curso de direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 138-140.

<sup>21</sup> PRADO, Regis Luiz. *Curso de direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>22</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.38

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: Lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo, Atlas, 2010.

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1.17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.58.

<sup>26</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

É de extrema importância que o referido princípio seja aplicado de forma conjunta com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, pois delimita a ação do Estado sobre a infração que foi cometida por um indivíduo, ou seja, o princípio da insignificância é um axioma que incide sobre a boa técnica do magistrado, portanto deve este observar sempre os axiomas que delimitam a aplicação deste postulado para que assim seja aplicado em consonância com as garantias e liberdades contidas na Carta Maior.<sup>27</sup>

Neste sentido, o princípio da insignificância é um conceito normativo que necessita e exige um complemento valorativo do juiz. A norma, diante de um caso concreto, não pode ser aplicada pelo magistrado de forma mecânica, observando apenas o antigo formalismo, onde havia a premissa maior, premissa menor e a partir disso a aplicação da lei (conclusão), a ele cabe, como já dito acima, o uso da razoabilidade e da proporcionalidade, atrelado ao seu complemento valorativo.<sup>28</sup>

Luiz Flávio Gomes leciona:

“A consequência natural da aplicação do critério da insignificância (...) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado).”<sup>29</sup>

Segue essa mesma linha Mauricio Antônio Ribeiro Lopes:

“A lesão caracterizadora medicamente como um mero eritema (que causa simples rubor na vítima), conquanto possa ser registrada por perícia imediata ou confirmada por testemunhas, é de significação ridícula para justificar-se a imposição de pena criminal face à não adequação típica da mesma, posto que a noção de tipicidade, modernamente, engloba um valor lesivo concreto e relevante para a ordem social. Assim, nesse caso, tem-se a inexistência da tipicidade do crime face a incidência do princípio da insignificância por falta de qualidade do resultado.”<sup>30</sup>

Portanto, o significado central que rege o princípio em comento, consiste em uma ação que em primeiro plano é considerada típica, no entanto referida conduta não tem o condão de atingir o bem jurídico tutelado, logo o resultado produzido é ínfimo ou

<sup>27</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

<sup>28</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

<sup>29</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 55.

<sup>30</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.39.

insignificante para a incidência no âmbito penal. Em outras palavras, o fato é considerado atípico não se aplicando a norma penal sob o fato, pois o direito penal deve-se ocupar apenas de condutas penalmente típicas gravemente antijurídicas.<sup>31</sup>

Com isso, chega-se ao desfecho de que a aplicação do princípio da insignificância dá-se frente a lesões que geram resultados ordinários, e, desta forma, não é adequada à incidência de pena criminal, tendo em vista que a tipicidade caracteriza-se pela importância concreta e relevante para ordem social. Portanto, o fato torna-se atípico por não haver resultado frente à aplicação do postulado.<sup>32</sup>

### 1.3 A aplicação do princípio da insignificância segundo o STF

A legalidade penal encontra-se positivada no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, que diz: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desta forma, caracteriza determinada conduta humana como crime, atuando de forma binária, onde ao mesmo tempo é instrumento que balanceia a incidência da liberdade individual e a atuação punitiva estatal, e, para isso, utiliza-se de princípios gerais do direito como a razoabilidade e a proporcionalidade.<sup>33</sup>

Nas palavras do ex Ministro Ayres Brito:

“Donde a compreensão de que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. [...] Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva.”<sup>34</sup>

<sup>31</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 55

<sup>32</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014. p. 2.

Neste mesmo sentido, compreende-se o princípio da insignificância como simultaneamente princípio implícito do direito penal e constitucional. Para a Constituição Federal toda conduta considerada relevante é típica, pois desta forma ela é significativa e deve incidir no mundo jurídico, ou seja, é uma conduta relevante para a sociedade e também para a vítima.<sup>35</sup>

O postulado da insignificância é de fundamental importância no auxílio da interpretação da norma jurídica, tendo em vista possuir amparo nos princípios gerais do direito.<sup>36</sup> O Supremo Tribunal Federal, para facilitar a aplicação e a incidência deste postulado, determinou quatro requisitos necessários para sua aplicação, quais sejam: “(a) ausência de periculosidade social da ação; (b) mínima ofensividade da conduta do agente; (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de reprovabilidade da conduta.”<sup>37</sup>

O juiz deve primeiramente fazer uma análise quanto à perspectiva do agente, observando-se a materialidade da conduta praticada e, se desta forma, evidencia-se a carência material quanto à prática do sujeito. Ainda, para incidir a irrelevância penal da conduta, no direito penal, é de extrema importância a observância quanto à personalidade do sujeito para que incida o princípio em tela, pois é a própria Carta Maior que prescreve que todo instituto de direito penal, que for aplicado, deve observar os requisitos supracitados.<sup>38</sup>

Quanto à perspectiva da vítima, leva-se em conta o valor sentimental, ou seja, conjunto dos caracteres psíquicos da vítima,<sup>39</sup> segundo Ayres Britto:

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>36</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

“[...] peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia.”<sup>40</sup>

Conforme os meios e modos utilizados para a realização da conduta e diante de manifestações de ações as quais se utilizam de meios violentos ou ameaçam à integridade moral ou física da vítima e terceiros, não há como reconhecer o prisma da insignificância. Em outras palavras, não há como reconhecer condutas que atentam a vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde e a integridade física de qualquer pessoa, pois, neste caso, a conduta passa a ser significativa e, portanto, haverá a incidência do direito penal.<sup>41</sup>

Leciona Ayres Britto:

“Salto para o prisma dos meios e modos de realização da conduta para ajuizar que não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros. [...] Reversamente, sinaliza infração de bagatela ou penalmente insignificante aquela que, além de não se fazer acompanhar do *modus procedendi* que estamos a denunciar como intolerável, revela um atabalhoamento ou amadorismo tal na sua execução que antecipa a sua própria frustração; isto é, já antecipa a sua marcante propensão para a forma não mais que tentada de infração penal, porque, no fundo, ditadas por um impulso tão episódico quanto revelador de extrema carência econômica.”<sup>42</sup>

Por fim, leva-se em conta a expressão financeira do objeto para caracterizar atipicidade material, ou seja, o preço do objeto do delito. Quando há no patrimônio da vítima efetiva redução e, no do agente, considerável enriquecimento sem causa, há sim a intervenção punitiva estatal, pois se não, estimularia a formação do juízo de que o crime compensa.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014. p. 16.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014. p. 17.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Importante ressaltar que as premissas do princípio da insignificância modificam-se diante dos casos concretos, ou seja, nem sempre são ponderados na mesma proporção. Logo admitem-se adaptações, acréscimos e supressões diante do caso concreto posto e diante de situações como a posse de entorpecentes, pode haver até mesmo a exclusão de algum dos quatro vetores.<sup>44-45</sup>

Portanto, este é um princípio utilizado para evitar a atuação desnecessária do Estado frente a situações em que a conduta demonstra-se irrelevante, e, desta forma, como já dito, o direito penal não deve ser acionado. Conforme o Supremo Tribunal Federal, os quatro vetores devem ser sempre observados, entretanto eles não são ponderados na mesma proporção, ou seja, dependendo do caso concreto que o magistrado esteja enfrentando serão aplicados de forma diversa, pois sempre se aplica o postulado da insignificância observando a proporcionalidade e razoabilidade que, dependendo do caso, não irão incidir no mesmo nível em todas as situações.

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 111.017*. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. Brasília, 07, de fevereiro de 2012. DJ de 26/06/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>45</sup> Pode-se citar como exemplo o HC 103.684 e HC 97.220 no STF, ambos sob relatoria do ministro Ayres Britto, nos crimes propriamente militares de posse de entorpecentes e nos delitos de falsificação da moeda nacional.

## 2 PORTE DE DROGAS

A ideia de criminalização quanto ao uso e porte de drogas apareceu no Brasil com a instituição da Ordenações Filipinas, porém em 1890, com a edição do Código Penal, que passou a ter a previsão dos crimes contra a tranquilidade pública conforme previa seu art. 159, *vide*: “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”.<sup>46</sup>

Em 1932, com a consolidação das Leis Penais, surge um novo olhar frente a condutas contra a saúde pública, tendo em vista a modificação feita no artigo 159 passou a prever, além da pena de multa, a pena de prisão celular. Portanto, só em 1940 se verificou a política proibicionista de drogas no Brasil.<sup>47</sup>

Ademais, foi com a lei 6.368/76 que surgiu a preocupação em separar o traficante do consumidor de drogas e o estabelecimento da tradicional estereotipização do consumidor como doente e o traficante como delinquente, mas manteve o discurso histórico médico-jurídico.<sup>48</sup>

Portanto, este capítulo irá tratar sobre atuais discussões abordadas pela nova Lei de Drogas 11.343/06, mais precisamente em seu artigo 28. Além disso, serão salientadas as inovações trazidas aos usuários de drogas e as sanções impostas a eles, e, para isso, serão utilizados debates travados no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

### 2.1 Política de Drogas

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) foi criado pela Lei 11.343/06. Conforme o art. 3º da Lei supracitada, o Sisnad possui duas finalidades: a precaução quanto ao uso indevido e abusivo das drogas, bem como a censura, referentes à produção não autorizada e o tráfico de drogas ilícitas.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>47</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>48</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>49</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012. p. 34.

Este novo sistema atentou-se na distinção necessária entre usuários e traficantes, tendo em vista que o sistema anterior, denominado de Sistema Nacional Antidrogas, previsto pela antiga lei 6.368/1976, não observava este relevante fator. Além disso a expressão “antidrogas” confirmava a ideia de repressão, o que não representava, de forma correta, o tratamento a ser dado ao usuário de drogas, tendo em vista que a atuação do Estado deve ser voltada a tratar de forma adequada os problemas sociais provocados pelas drogas e não agir de forma repressiva, portanto, o novo nome demonstra ser mais adequado.<sup>50</sup>

Percebe-se que o modelo repressivo adotado ao combate as drogas, acabou por estabelecer um “regime de criminalização secundário”, pelo fato de reprimir o consumo de entorpecentes o usuário passou a ser estigmatizado pela sociedade como “inimigo”. Este posicionamento dificultou a adoção de soluções alternativas para a diminuição de danos e riscos provocados pelo uso de drogas ilícitas.<sup>51</sup>

Nesta mesma linha, projetos antiproibicionistas apresentam como contrafeito a abertura para inovadoras políticas preventivas com maior efetividade para diminuir os prejuízos causados pelas drogas em geral.<sup>52</sup> Diante disso, o Sisnad tem como finalidade, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

“(…) a articulação, integração, organização e coordenação de todas as atividades relacionadas a prevenção do uso, a atenção e a reinserção social de usuários e a repressão da produção e do tráfico de drogas.”<sup>53</sup>

Dessa forma, observa-se que este sistema possui duas finalidades: primeiramente a “prevenção”, tendo como prisma o consumidor de drogas, sendo ele dependente ou não, e em segundo lugar a ideia de “repressão”, dirigidas aos que produzem e traficam substâncias ilícitas. Importante ressaltar que a Lei confere o mesmo grau de importância às duas finalidades citadas e isso é confirmado pelo art. 4º, inciso X da Lei de Drogas, o qual prescreve:<sup>54</sup>

“a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e

<sup>50</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012. p. 34-36.

<sup>51</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>52</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>53</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012. p. 34.

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;”<sup>55</sup>

O art. 4º da Lei 11.343/06, elenca os princípios adotados pelo Sisnad. Os incisos do já mencionado artigo admitem que a utilização de drogas deva ser acautelada por meios adequados, contrários exclusivamente à sanção penal, tendo em vista ser um problema social.<sup>56</sup> Os onze princípios desenvolvem importância fundamental para pôr em prática as políticas de drogas.<sup>57</sup>

Em suma, conforme o inciso I do art. 4º da Lei de Drogas, verifica-se a autonomia e a liberdade da pessoa humana, princípio que reflete no art. 28, §7º e 47 da Lei de drogas. Em sequência, os incisos II e III, apresentam o respeito à diversidade ética e cultural como salvaguarda contra a demasiada repressão e como um amparo para o indevido uso de drogas. Nesta mesma linha, os incisos IV e V, determinam entre o Estado e a sociedade uma responsabilidade em comum para definir estratégias e atividades que ficarão a cargo de ambos e com base nos incisos VI e IX, os fatores variados que levam ao uso e ao tráfico de drogas devem ser suprimidos por meio de uma interpelação multidisciplinar. O inciso VII, procura a integração de estratégias tanto nacionais como internacionais na problemática em questão e o inciso VIII apresenta a articulação entre os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público, para que desta forma haja uma cooperação referentes às atividades desenvolvidas pelo Sisnad. Por fim, o inciso X, visa garantir a estabilidade do bem-estar social, tendo em vista o equilíbrio das atividades desenvolvidas pelo Sisnad, seja ela de repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas ou de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.<sup>58-59</sup>

Em continuidade, os quatro incisos do art. 5º da Lei 11.343/06, estabelecem os objetivos da Sisnad, que são, em síntese: estimular a inclusão social do cidadão para que

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 11.343/06, 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: Senado Federal, 2005.

<sup>56</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>57</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>58</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. 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, 2012.

<sup>59</sup> BRASIL. Lei nº 11.343/06, 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: Senado Federal, 2005.

dessa forma, com o conhecimento sobre o assunto, possa diminuir a “sustentabilidade” ao uso de drogas; em segundo lugar, promover a integração entre as políticas de prevenção, atenção e reinserção social e de repressão e às políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; e, finalmente, que as condições para coordenação, integração e a articulação das atividades desenvolvidas pelo Sisnad sejam asseguradas.<sup>60</sup>

Nesta mesma linha, no Brasil, foi desenvolvida a controversa política de redução de danos e por muitos anos foi contestada sob a justificativa de que o projeto incentivava o uso de drogas. Entretanto, a redução de danos tem como essência o reconhecimento de que a utilização de entorpecentes e sua disseminação estão cada vez mais presentes na sociedade e, portanto, as fórmulas tradicionais de repressão e prevenção não se apresentaram mais tão eficazes.<sup>61</sup>

Essa política sustenta que os meios repressivos e preventivos utilizados podem acarretar na própria superação dos prejuízos que podem ser causados pelo uso de entorpecentes. Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão elucidam a afirmação:

“Pelos meios tradicionais de prevenção e repressão, o dependente de drogas injetáveis deverá ser privado de todo e qualquer contato com a substância na qual é viciado, bem como de todos os meios que teria a disposição para obter e utilizar a droga. Com isso, espera-se que as dificuldades colocadas impeçam-no de saciar o vício. O resultado dessa estratégia de combate, no entanto, por vezes traz mais danos à saúde do dependente e a sociedade do que a própria utilização da droga. Veja que, no exemplo, o que acontece em regra não é a abstinência do uso. Ao contrário, o dependente passa a buscar todos os meios possíveis para obter e usar a droga, ainda que ilícitos. Assim, quem se sentir premiado pela necessidade de consumo poderá vir a cometer outros crimes para obter drogas, ampliando a margem de atuação do crime organizado, responsável pela oferta do produto. Além disso, poderá também utilizar-se de vias não ortodoxas de utilização das drogas causando ainda mais danos a sua saúde.”<sup>62</sup>

O modelo repressivo frente as drogas, estigmatizava não só o traficante, mas também o usuário. Em outras palavras, ao reprimir o consumo de drogas, conseqüentemente

<sup>60</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>61</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>62</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012. p.41.

etiquetou o usuário e o dependente, sob a justificativa de extinguir o tráfico de substâncias ilícitas.<sup>63</sup>

Nesta linha, com adoção das políticas proibicionista, o usuário passou a ser visto como o “inimigo da sociedade”, dificultando a implementação de políticas alternativas antiproibicionistas, tal como a política de redução de danos.<sup>64</sup> Assim, como resposta ao modelo repressivo, foram implantadas novas políticas antiproibicionistas ao uso indevido de drogas.<sup>65</sup>

Os modelos repressivos apresentam um padrão de ampliar o poder punitivo, provocando nas palavras de Salo de Carvalho “a seletividade, o etiquetamento e a estigmatização dos grupos e sujeitos vulneráveis”.<sup>66</sup>

Neste sentido, a nova lei de drogas busca reprimir o tráfico de drogas com penas mais severas, porém, de acordo com alguns autores, pretende proteger o usuário de drogas.<sup>67</sup> No entanto, Maria Lúcia Karam não entende que teve avanço no campo do usuário e leciona:

“ao contrário do que muitos querem fazer crer, a nova lei 11.343/06 não traz nenhum avanço nesse campo de consumo. Uma lei que repete violações a princípios e normas constantes das declarações universais de direito e das Constituições democráticas jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma Lei que assim suprime direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista ‘política do possível’.”<sup>68</sup>

De toda forma, a nova Lei 11.343/06 criou dois organismos distintos e independentes, um que visa a repressão do tráfico de drogas e o outro que pretende ressocializar o usuário e dependente de drogas.<sup>69</sup>

O programa de prevenção age em três momentos distintos, conforme elucida o art. 19 da Lei em questão. Quais sejam: prevenção primária, tem como objetivo impedir ou retardar o primeiro contato da pessoa com a droga. Neste caso, são utilizadas estratégias que

<sup>63</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>64</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>65</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>66</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 454.

<sup>67</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>68</sup> KARAM, Maria Lúcia. *A lei 11.343/06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo*. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 7.

<sup>69</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

esclarecem os efeitos e conseqüências ao uso indevido de entorpecentes; A prevenção secundária, por outro lado, tem por finalidade evitar que os usuários esporádicos ou moderados de drogas passem a utilizá-las de modo mais frequente, para isso, nos casos que demonstrem fatores de risco, é feito um “diagnóstico precoce” e em seguida uma pronta intervenção para cessar ocasional processo de progressão do uso de drogas. Por fim, a prevenção terciária, é aplicada para a recuperação do dependente químico.<sup>70</sup>

Essa política vem sendo adotada e reconhecida em ações governamentais, dessa forma passa a ser esfera de dever formal do Estado.<sup>71</sup> Entretanto, por ter previsão legal, observa-se que a Lei determina as diretrizes básicas e gerais, portanto devem ser rigidamente seguidas, não podendo o Estado inovar em suas ações.<sup>72</sup>

Foram levados em consideração dois fatores relevantes para o desenvolvimento e a aplicação da prevenção de danos: a importância e a gravidade do uso de drogas é observar o tema sob o ponto de vista científico.<sup>73</sup> Conforme Jorge de Figueiredo Dias e Manoel Costa Andrade:

“(…) não pode furtar-se a decisão de desviar os recursos humanos e materiais das áreas onde a sua intervenção, por sobre ser questionável, é comprovadamente inócua, possibilitando a sua concentração onde eles são necessários e mais eficazes.”<sup>74</sup>

Portanto, nota-se que a política de redução de danos é matéria de caráter científico e exige o acompanhamento de especialistas na área, sob a explicação de que há a invalidação do Direito Penal quando a busca de fins legítimos é feita através de meios inócuos.<sup>75</sup>

Entretanto, em algumas situações pode haver dúvidas na diferenciação entre delitos de incitação ao crime de auxílio ao uso de drogas e as ações feitas dentro de uma política de redução de danos. Apesar de previsão legal expressa da adoção dessa política, existem, ainda, dúvidas acerca de seus limites, amplitudes e abrangências. Para evitar a problemática apontada, foram adotadas algumas cautelas específicas. Destaquemos algumas

<sup>70</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>71</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>72</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>73</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>74</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra editora. 1984. p. 411.

<sup>75</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

das circunstâncias observadas: o Estado deve patrocinar as ações; os comitês de ética devem aprovar as pesquisas científicas; os incentivos à supressão do vício de drogas ou a procura da rede de atenção social devem fazer parte das ações promovidas; e os usuários de droga devem ser o público receptor principal das ações para promover ações de redução de danos.<sup>76</sup>

O ponto essencial, portanto, é que tal política não se ocupa com o estímulo do consumo de drogas, pelo contrário, a sua finalidade é, principalmente, informar e advertir a sociedade quanto aos efeitos e às consequências da droga, sem apresentar uma abordagem repressiva ou proibitiva acerca da temática.<sup>77</sup> Entre os estudiosos há unanimidade em que os resultados mais positivos podem ser alcançados através de investimentos em prevenção.<sup>78</sup>

## 2.2 Inovações do art. 28 da Lei 11.343/06

Segundo o artigo 28 da Lei 11.343/06, incorre nas hipóteses de consumo pessoal quem:

“[...] adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”<sup>79</sup>

Diferentemente da atual redação, existiam apenas três formas de conduta na antiga Lei 6.368/76, conforme o art. 16 que prescrevia:

“[...] Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”<sup>80</sup>

Como visto, o artigo 28 da nova Lei de Drogas substituiu o artigo 16 da antiga lei 6.368/76, estabelecendo cinco hipóteses de incidência, quais sejam: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo. O legislador teve a intenção de proporcionar uma

<sup>76</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>77</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>78</sup> GOMES, Luiz Flávio, et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>79</sup> BRASIL. *Lei nº 11.343/06, 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: Senado Federal, 2005.

<sup>80</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 dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1976.

segurança maior ao magistrado ao interpretar esta norma, com o intuito de estabelecer premissas para separar o traficante do usuário de drogas.<sup>81</sup>

A conduta típica de adquirir, hipótese de consumação instantânea, abrange qualquer forma de aquisição da droga, isto é, obtenção da droga por qualquer forma ou meio, seja por doação, troca ou mesmo pela compra. A conduta de guardar diz respeito a conservação e manutenção da substância ilícita. Ter em depósito é uma conduta mais ampla do que a guarda, pois dá ideia de conservar a droga em um local específico ou próprio. Transportar seria levar a droga de um lugar para outro, ou seja, implica ideia de locomoção independente do meio de transporte utilizado. Por fim, trazer consigo tem o sentido, nas palavras de Sérgio Ricardo de Souza “carregar junto ao próprio corpo, seja no interior ou nas vestes que cobrem e, ainda, em algum objeto carregado pelo agente.”<sup>82</sup>

Como exposto as ações referentes ao artigo 28 são exclusivamente voltados para o consumo pessoal de drogas ilícita. Além disso, a ação dolosa do agente de portar entorpecentes pressupõe que ele tenha a ciência de que a droga pode causar dependência física e/ou psíquica e que se trata de substância ilícita, pois, caso contrário, o indivíduo estaria diante de um erro de tipo.<sup>83</sup>

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes:

“[...] o agente que tem a posse de droga sem saber do que se trata (sem saber que se trata de droga), acha-se em erro de tipo (CP, art. 20, *caput*), que é excludente do dolo (logo, da tipicidade). [...] Se o agente sabe que está em posse de droga, mas acredita que não é proibida, pode-se invocar o chamado erro de proibição”.<sup>84</sup>

Neste mesmo sentido, para que o agente seja enquadrado nos moldes do art. 28 da lei supracitada, é necessário que ele tenha a intenção especial de consumir a droga, seria este, conforme a doutrina italiana, um dolo específico ou, em outras palavras, requisito subjetivo específico do tipo. É uma linha tênue entre a diferenciação do consumo próprio e o

<sup>81</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>82</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43.

<sup>83</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>84</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 149.

tráfico de drogas, e por isso a lei tentou estabelecer parâmetros para diferenciar estas duas hipóteses.<sup>85</sup>

Estabelece o §2º do art. 28 da Lei 11.343/06:

“§ 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

As circunstâncias apresentadas no dispositivo em tela são exemplificativas, ou seja, outras hipóteses e circunstâncias podem ser apresentadas para que o juiz analise perante o caso concreto e, desta forma, possa decidir se se trata de consumo ou tráfico de drogas.<sup>86</sup>

Portanto, no delito de porte, é notável que a ínfima quantidade de droga diz respeito à própria essência do tipo em questão, entretanto este não é, e nem pode ser, o único juízo utilizado pelo magistrado, tendo em vista ser cada vez mais comum traficantes andarem com pequenas quantidades de drogas.<sup>87</sup>

Outros norteadores critérios que podem ser utilizados pelos juízes dizem respeito ao local e horário da apreensão, a forma que se encontrava acondicionada a droga e as demais formas em que a ação foi desenvolvida, como, por exemplo, se o indivíduo for encontrado com porte de quantidade significativa de substância ilícita e valores em dinheiro, o que poderia ser um forte indício de ser dinheiro recebido por um usuário.<sup>88</sup>

Entretanto, há controvérsias quanto à constitucionalidade da análise dos antecedentes criminais de acordo com Samuel Miranda Arruda, pois a sua aplicação pode criar perigosa rotulação quanto aos indivíduos, pois haveria privilégio ao fazer uma análise subjetiva do agente, e, desta forma, a análise objetiva quanto ao fato ficaria em segundo plano ou até mesmo deixada de lado.<sup>89</sup>

Ademais, a maior parte da doutrina não segue este entendimento, lecionam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

<sup>85</sup> GOMES, Luiz Flávio, et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>86</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

<sup>87</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>88</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>89</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

“Embora realmente o Direito Penal do fato – atualmente consagrado – não permita que questões pessoais do agente sejam os únicos elementos a julgar a conduta, o legislador utilizou-se de um critério que auxiliará o magistrado, desde que analisado ao lado e conjuntamente com os outros elementos indicados.”<sup>90</sup>

Ou seja, seria sim possível utilizar o critério de antecedentes do agente, entretanto deve ser interpretado com os outros critérios apresentado no supracitado §2º do art. 28 da Lei 11.343/06, quais sejam, quantidade da substância apreendida, local, condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta.<sup>91</sup>

As “penas” aplicadas conforme a atual Lei de Drogas são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Diferentemente da antiga lei 6.368/76 que determinava as seguintes penas: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

Conforme a nova Lei, em nenhum caso há a hipótese de ser aplicada pena restritiva de liberdade ao usuário de drogas. No Projeto de lei 115 vinculado pelo parecer 846 da Comissão de Assuntos Sociais do Senado, publicado no dia 6 de julho de 2006 no Diário do Senado Federal, foi exposta a justificativa do porquê acabar com a pena restritiva de liberdade ao usuário, *verbis*:

“O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer.”<sup>92</sup>

<sup>90</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012, p. 56.

<sup>91</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>92</sup> BRASIL. Senado Federal. Parecer nº, de 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=27349&tp=1>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

Há controvérsias acerca da utilização da expressão “medidas educativas” no §6º do art. 28 da Lei 11.343/06, pois há a ilusão de que tal dispositivo estaria descriminalizando a conduta de porte de drogas. Neste mesmo sentido, é importante observar que a redação inicial do projeto chamava as referidas sanções de “medidas educativas”, entretanto o texto foi modificado em sede da Câmara dos Deputados, pois se temia que a referida expressão pudesse ser considerada como descriminalização e, desta forma, o dispositivo fosse vetado.<sup>93</sup>

Tais medidas poderão ser aplicadas tanto de forma isolada como de forma cumulada, assim o juiz deve se valer do art. 5º, LIV da Carta Maior, ou seja, as penas estão capitulados no art. 28 da Lei de Drogas devem ser aplicadas em conformidade com o devido processo legal observando-se o princípio da individualização das penas.<sup>94</sup>

Quanto à pena de advertência, inovação do ordenamento jurídico, cuida-se do esclarecimento do juiz ao agente, as consequências que a droga pode causar tanto em relação à saúde individual quanto à saúde pública.<sup>95</sup> Em relação à pena de prestação de serviços à comunidade, foi determinada de forma expressa pelo legislado no §5º do art. 28, com a intenção de conscientizar o usuário a visualizar os efeitos e o estrago que a droga pode causar, que deverá ser cumprida em hospitais, estabelecimentos congêneres, privados sem fins lucrativos ou públicos, entidade educacionais ou assistenciais e em programas comunitários.<sup>96</sup> Por fim, referente às medidas educativas de comparecimento à programa de curso educativo, o juiz determina um programa onde o condenado deverá comparecer para que seja orientado por profissionais de áreas diferentes e desta forma conscientizá-lo sobre os efeitos lesivos da droga.<sup>97-98</sup>

Conforme exposto, o art. 16 da antiga Lei de Drogas, punia o crime com pena de detenção, entretanto quase todos os delitos eram resolvidos nos Juizados, no entanto a disciplina utilizada é mais severa do que a da Lei 11.343/06. Por esse motivo, na nova Lei de Drogas não há a incidência do art. 45 do CP, pois como se é sabido lei especial derroga a lei

<sup>93</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>94</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>95</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>96</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

<sup>97</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012..

<sup>98</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

geral e desta forma tem regulamentação específica sobre o assunto.<sup>99</sup> Neste sentido, explica Luiz Flávio Gomes:

“O art. 16 da Lei n. 6.368/76 contemplava um delito (um crime), punido com pena de detenção. Mas na prática quase todas as infrações eram dirimidas nos Juizados. Ocorre que a disciplina dos Juizados Criminais é mais severa (mais dura) que a nova Lei. Por exemplo: no âmbito dos Juizados, feita a transação penal, outra não pode ser deferida no lapso de cinco anos. Isso não existe na Lex nova. Não há nenhum impedimento para uma nova transação (CF. abaixo § 4º). Naquilo em que a nova Lei é benéfica, retroage.”<sup>100</sup>

Portanto, o art. 28 da nova Lei de Drogas demonstrou-se indiscutivelmente mais benéfico do que o antigo art. 16 da Lei 6.368/76. Entretanto, surgiram polêmicas acerca do novo artigo, onde há quem defenda que houve a descriminalização da conduta de posse para consumo pessoal de drogas por ser uma infração *sui generis* e não ser mais possível a aplicação de pena restritiva de liberdade, contudo não é o que os tribunais superiores defendem.<sup>101</sup>

## 2.3 Descriminalização

Uma das maiores discussões acerca da nova Lei diz respeito à descriminalização. Constantemente são travadas discussões doutrinárias acerca desta temática, mas será que realmente houve *abolitio criminis* ou o artigo 28 da nova Lei ainda prescreve que a conduta de porte de droga para consumo pessoal configura infração penal?

### 2.3.1 Brasil

Luiz Flávio Gomes, publicou artigo antes da Lei 11.343/06 ser publicada, onde afirmava que a conduta de porte de drogas para o uso pessoal, por não haver caráter criminoso, fora descriminalizada. Nesta mesma linha, afirmou que referida conduta é *sui generis*, entretanto ainda não estaríamos diante de uma legalização, tendo em vista a vedação presente no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>100</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 155.

<sup>101</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>102</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. 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, 2012.

Leciona, neste sentido, o professor Luiz Flávio Gomes:

“Ora, se legalmente (no Brasil) ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser ‘crime’ porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de ‘infração penal’ porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração ‘penal’ no nosso País”<sup>103</sup>

Entretanto, autores como Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho não concordam com tal posicionamento e defendem que a conduta para porte de drogas para consumo próprio ainda configura crime, tendo em vista que apesar das sanções não serem mais privativa de liberdade os princípios do direito penal, constantes na Constituição Federal, ainda continuam sendo aplicáveis.<sup>104</sup>

Ademais, o art. 28 ainda determina que outras penas podem ser aplicadas diferentes da multa ou privação da liberdade, o que não quer dizer que houve de fato a descriminalização da conduta, mas apenas uma opção proposta pela Constituição passível de adoção pela lei incriminadora.<sup>105</sup>

O Supremo Tribunal Federal no RE 430.105-9 posicionou-se acerca do assunto no sentido de que não houve descriminalização da conduta, mas apenas a despenalização da conduta, observando-se que a pena privativa de liberdade fora excluída para o tipo penal, portanto não se pode falar em *abolitio criminis*.<sup>106</sup> Afirma o STF:

“I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções

<sup>103</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 109.

<sup>104</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>105</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>106</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desprezo do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). **6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.** 7. **Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis** (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.<sup>107</sup> (Grifo nosso)

Neste mesmo sentido, quanto à conduta constituir infração *sui generis*, o STF entendeu por afastar este posicionamento da doutrina, pois acarretaria sérias consequências tendo em vista que a conduta não iria configurar crime e nem contravenção penal e desta forma não seria enquadrada como ato infracional e ainda o regime jurídico seria de difícil enquadramento.<sup>108</sup>

O STJ posicionou-se no mesmo sentido, conforme HC nº 121.145/SP, onde houve o entendimento de que não houve a descriminalização da conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas, pois sustentaram que a lei nova é inegavelmente mais benéfica que a antiga lei, tendo em vista que sempre apresenta medidas de proteção ao sujeito ativo que pratica o crime de porte de drogas.<sup>109</sup> Entretanto, o STJ é contrário ao entendimento do STF no sentido

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 430.105*. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da comarca do Rio de Janeiro. Relator (a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 13, de fevereiro de 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+430105%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+430105%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cpumeme>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 121.145*. Sexta Turma. Impetrante: José Luiz Zili. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator (a): Celso Limongi. Brasília, 10 de junho de 2010. DJ de 09/08/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16840606/habeas-corpus-hc-121145-sp-2008-0255518-7/relatorio-e-voto-16840608>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

de que não acreditam que houve a despenalização da conduta e seguem a mesma linha de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi a qual prescrevem, *verbis*:

“A lei NAO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do Capítulo é expressa. As penas não são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto não se enquadram na classificação prevista em seu art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali previstas. [...] A observação é feita somente porque houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data vênua, não tem consistência jurídica”<sup>110</sup>

Ademais, o Supremo Tribunal Federal ainda não acolheu o argumento relativo ao art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei de Contravenções Penais (DL 3.914/41), o qual seria um empecilho para que a lei criasse infração penal sem que houvesse a imposição de penas de detenção ou reclusão, pois o referido dispositivo estipula critérios para diferenciar contravenção e crime, entretanto não impediria que outros requisitos gerais de diferenciação fossem adotados pela lei ordinária ou que adotasse pena que não aquela de privação ou restrição de liberdade para determinado delito.<sup>111</sup>

Entretanto, o professor Luiz Flávio Gomes discorda de tal posicionamento e afirma que por ser infração *sui generis* a conduta capitulada no art. 28 da Lei 11.343/06 não há que se falar em crime ou infração penal, pois as penas cominadas são exclusivamente alternativas conforme o art. 1º do DL 3.914/41, desta forma devem ser aplicadas por juízes dos Juizados Criminais sempre observando todas as garantias do devido processo consensual.<sup>112</sup>

Como exposto o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não aceitaram referido posicionamento, o que, para Luiz Flávio Gomes, gera uma visão do usuário como tóxico-delinquente, no entanto, não parece ser a pretensão da nova Lei de

<sup>110</sup> FILHO, Vicente Greco. RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.43.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

<sup>112</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Drogas.<sup>113</sup> Com efeito, a questão foi sepultada, e a tese de que houve a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal não possui nenhum amparo legal.<sup>114</sup>

### 2.3.2 Argentina

Em 25 de agosto de 2009, a Suprema Corte de Justiça da Nação decretou o provimento de Recurso Extraordinário Federal o qual foi interposto em desfavor à decisão condenatória pelo delito de posse de drogas para o consumo pessoal. Conforme o relatório, o recorrente suscitou que o tipo penal contido no art. 14, §2º da Lei 23.737/1.989, referente à posse para consumo pessoal de substâncias entorpecentes, estaria em contradição com o princípio contido no art. 19 da Constituição Argentina, qual seja, princípio da reserva.<sup>115-116</sup>

O art. 19 da Constituição Argentina postula:

“Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.<sup>117-118</sup>

No entanto, a real discussão era acerca da validade do art. 14, §2º da Lei 23.737/1.989, pois conforme o ora recorrente, o artigo em comento era incompatível com o

<sup>113</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>114</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

<sup>115</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

<sup>116</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 1*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>117</sup> ARGENTINA. *Constitucion de la nacion argentina, 22 de agosto de 1994*. Nos los representantes del pueblo de la Nacion Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad yeleccion de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la union nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa comun, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la proteccion de Dios, fuente de toda razon y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitucion, para la Nacion. Santa Fé: Convencion Nacional Constituyente, 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014.

<sup>118</sup> Tradução: As ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendam a ordem pública ou aos bons costumes, nem prejudicam a um terceiro, estão apenas reservadas a Deus e estão isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação é obrigado a fazer o que a lei não exige nem privado do que não proíbe.

art. 19 da Lei Maior. Dessa forma os juízes proferiram decisão unânime e a posse para uso pessoal foi descriminalizada para pessoas maiores de dezesseis anos.<sup>119-120</sup>

Um dos argumentos apresentados pela Corte Argentina referia-se aos tratados internacionais que reconhecem várias garantias e direitos, e, neste caso específico, destacou-se o direito à privacidade, da autonomia pessoal e dignidade do homem.<sup>121</sup>

Quanto ao direito à privacidade, argumentou-se sob a perspectiva de que os seres humanos em relação a sua vida privada, estão protegidos de ingerências arbitrárias ou abusivas.<sup>122</sup> Referente ao princípio da autonomia da pessoa, a Corte Superior arguiu:

"el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, em términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones".<sup>123-</sup>

124

<sup>119</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

<sup>120</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 1*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print>. Acesso em: 11 de setembro de 2014.

<sup>121</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

<sup>122</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 1*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print>. Acesso em: 11 de setembro de 2014.

<sup>123</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2014. p. 18.

<sup>124</sup> Tradução: O desenvolvimento do ser humano não está sujeita às ações e cuidados do poder público. Sob uma perspectiva geral, ele pode, para manter e desenvolver em termos mais ou menos amplos, a capacidade de

Ainda, cabe observar o princípio da dignidade do ser humano, onde uma decisão não pode ser pautada na penalização de um homem para “servir de lição” para o outro, quer dizer, a sanção imposta ao usuário de drogas para pôr fim ao tráfico ofende claramente o postulado em comento, pois o usuário de drogas é usado para satisfazer a política criminal, portanto ninguém pode ser penalizado pela ação de outra pessoa.<sup>125</sup>

Outro argumento utilizado pela jurisprudência internacional diz respeito ao reconhecimento do usuário e da família dele como vítimas e não é razoável que a resposta punitiva do Estado aos mesmos seja a revitimização. Neste sentido explana a decisão argentina:

“No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización”.<sup>126-127</sup>

Logo, evita-se uma punição desproporcional ao agente pelo seu modo de vida adotado, isto é, a sanção não pode ser imposta pautada exclusivamente na periculosidade da pessoa. Nesta mesma linha, posiciona-se a Corte Internacional de Direitos Humanos e a própria jurisprudência argentina. Portanto, a fim de impedir a violação do princípio da materialização do fato, o usuário não pode ser punido pela mera presunção de que

---

conduzir a sua vida, decidir sobre a melhor maneira de fazê-lo, utilizar-se de meios e instrumentos para este fim, selecionados e utilizados com autonomia que é uma promessa de maturidade e condição de liberdade e até mesmo resistir ou rejeitar de forma legítima ingerência e agressão que lhe são indevidamente dirigidas. Isso exalta a ideia de autonomia e descarta as tentações opressoras que podem esconder para supostamente beneficiar o sujeito, definir a sua conveniência e antecipar ou esclarecer as suas decisões.

<sup>125</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarre al, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

<sup>126</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarre al, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2014. p. 19.

<sup>127</sup> Tradução: Não há dúvida que em muitos casos os usuários de drogas, especialmente quando eles se tornam dependentes, são as vítimas mais visíveis, junto com suas famílias, do flagelo das quadrilhas de tráfico de drogas. Não parece irrazoável sustentar que uma resposta punitiva do Estado para o consumidor se traduza em revitimização.

futuramente siga o caminho do tráfico ou que seja autor de qualquer outro delito<sup>128</sup>, nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

“Cada um deve ser punido pelo que fez (Direito penal do fato), não pelo que é (Direito penal de autor) ou pelo que pode ser (Direito penal da suspeita).”<sup>129</sup>

A Corte Argentina afirmou ainda que apesar dos recursos no setor de segurança serem diminutos, constitui obrigação internacional de todas as instituições da Argentina o compromisso de combater o narcotráfico e não aos usuários<sup>130</sup>, *verbis*:

“A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad.”<sup>131-132</sup>

Ademais, quanto à inconstitucionalidade da norma e a importância e responsabilidade conferida a tal ato, a Corte destacou que atualmente não vigora a democracia

<sup>128</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal*: PARTE 4. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>129</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal*: PARTE 4. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>130</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

<sup>131</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. *Causa n.º. 9080*. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 de setembro de 2014. p. 24-25.

<sup>132</sup> Tradução: A nível criminal, os compromissos internacionais obrigam a Argentina a limitar exclusivamente a produção, fabricação, importação, exportação, distribuição e comércio de entorpecentes para fins médicos e científicos. Também garantir, a nível nacional, a coordenação da ação preventiva e repressiva contra o tráfico ilícito, adotando as medidas necessárias para que o cultivo, produção, fabricação, extração, preparação, oferta para venda, distribuição, entrega, expedição trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes sejam considerados crimes cometidos intencionalmente e que as infrações graves sejam passíveis de sanção adequada, especialmente com pena de prisão e outras penas de privação de liberdade.

formal, ou seja, a “democracia das maiorias”, mas sim que o texto legal só terá validade quando estiver em consonância com garantias e direitos fundamentais do ser humano.<sup>133</sup> Segundo a Corte Internacional de Direitos Humanos a restrição dos direitos fundamentais não pode ser feita por qualquer norma, sobre a temática sublinhou:

“[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones em disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"<sup>134-135</sup>

Com isso, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 14, segundo parágrafo da Lei 23.737, tendo em vista infringir o art. 19 da Constituição Argentina, pois invade a esfera da liberdade individual. Portanto, foi decretada a inconstitucionalidade ao dispositivo que incriminava porte para uso próprio de drogas, haja vista tal conduta não apresentar perigo concreto ou um dano aos direitos ou bens de terceiros.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal*: PARTE 5. Disponível em:

<[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>134</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. Causa n°. 9080. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 de setembro de 2014. p. 27.

<sup>135</sup> Tradução: Não é possível interpretar a expressão leis, utilizada no artigo 30 [da Convenção], como sinônimo de qualquer norma jurídica, pois isso significaria admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos a critério das autoridades do poder público, sem outra limitação formal que consagra tais restrições de caráter geral. Tal interpretação levaria a desconhecer os limites que o direito constitucional democrático estabeleceu desde que, no direito interno, a garantia dos direitos fundamentais da pessoa são proclamados; e não é consistente com o preâmbulo da Convenção Americana, segundo o qual "os direitos essenciais do homem ... tem como fundamento os atributos da pessoa humana, e, portanto, justificam uma proteção internacional, de natureza convencional coadjuvante ou complementaria a que é oferecida pelo direito interno dos Estados americanos.

<sup>136</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. Recurso de Hecho. Causa n°. 9080. Partes: Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Cortejarena. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/decisao-justica-argentina-porte-%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

Importante ressaltar que a decisão apenas descriminalizou a conduta e não legalizou, isto é, a droga continua sendo proibida, entretanto a conduta do porte de quantidade ínfima para uso próprio não é mais sancionada pelo Direito Penal.<sup>137</sup>

A Corte Argentina vem debatendo a temática há anos, resultando em muitas decisões pugnando pela descriminalização e outras pela criminalização.<sup>138</sup> Nessa mesma linha, Luiz Flávio Gomes elucida:

“A jurisprudência da Corte Máxima argentina (...) sempre foi “zigzagueante”. No Caso Colavini (Fallos: 300:254) adotou-se como válida a criminalização. Nos Casos Basterrica e Capalbo a Corte caminhou para a descriminalização (Fallos: 308:1392). No Caso Montalvo, em 1990, voltou novamente para a criminalização (Fallos: 313:1333). Em agosto de 2009 retoma a linha argumentativa do Caso Basterrica (em favor da descriminalização). O que acaba de ser resenhado comprova que o direito não tem autonomia frente às circunstâncias históricas (de cada país, em cada momento). Conforme os ventos que sopram, pode-se alcançar um ou outro rumo (e, às vezes, até consenso) em torno dos assuntos polêmicos.”<sup>139</sup>

Diante de todos os fundamentos apresentados na Sentença Argentina, o que merece mais destaque é o que se refere à reforma constitucional argentina de 1994, pois referida Constituição incorporou tratados internacionais de direitos humanos. Dessa forma, reconheceu-se a relevância da proteção aos direitos humanos pela via internacional, e a soberania Estatal foi, de certa forma, limitada. Atualmente, o cenário jurídico argentino modificou-se, uma vez que o Estado deve obedecer a limites e cumprir critérios de inclusão social e econômica. Diante disso, não havia outro meio se não de ser reconhecida pela Corte Argentina a inconstitucionalidade do art. 14, §2º da Lei 23.737/1989 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve inclinar-se nessa mesma linha.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 4*. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>138</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 1*. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>139</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 1*. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 set. 2014.

<sup>140</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 1*. Disponível em:

### 2.3.3 Portugal

Diferentemente do Brasil e Argentina, em Portugal, no dia 29 de novembro de 2000, pela Lei 30/2000, foi descriminalizado o consumo de todas as drogas. A Lei portuguesa tornou-se uma regulação jurídica legal que em nenhuma hipótese será aplicada qualquer sanção penal a quem consome drogas. Portanto, em conformidade com as convenções internacionais, a legislação portuguesa não criminaliza o uso de entorpecentes, entretanto solicita que ele seja interdito.<sup>141</sup>

A lei em comento impõe limites ao usuário, tendo em vista que o consumo médio individual não pode exceder o período de dez dias<sup>142</sup>, neste sentido explana o art. 2º, nº 2 da Lei 30/2000:

“2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”<sup>143</sup>

Por outro lado, a Lei apenas definiu em que condição legal deve ser aplicada, sendo omissa quanto à forma que deve ser aplicada pelas autoridades responsáveis, ou seja, pela polícia, Tribunais e Comissões para a Dissuasão da Toxicodpendência (CDT).<sup>144</sup>

É importante ressaltar que a polícia portuguesa condiciona a suas atividades a dois aspectos fundamentais, tais como: observar o princípio da legalidade e ao mesmo tempo exercer posição proativa para registrar e investigar tais ações, em outras palavras, as forças policiais têm o dever legal de investigar todos os atos/infrações ilícitas e ilegais de que têm ciência e, por outro lado, eleger as infrações prioritárias para exercer as funções que lhe são conferidas.<sup>145</sup>

---

<[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 de set. de 2014.

<sup>141</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 65-66.

<sup>142</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>143</sup> PORTUGAL. *Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro*. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Lisboa: Assembleia da República, 2000. Disponível em: <[http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LEGISLACAO/LEGISLACAO\\_FARMACEUTIC\\_A\\_COMPILADA/TITULO\\_III/TITULO\\_III\\_CAPITULO\\_III/lei\\_30-2000.pdf](http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LEGISLACAO/LEGISLACAO_FARMACEUTIC_A_COMPILADA/TITULO_III/TITULO_III_CAPITULO_III/lei_30-2000.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2014.

<sup>144</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>145</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

Neste sentido, com relação à atuação dos Tribunais, no que se refere ao porte de drogas para uso próprio, são observados dois momentos: (i) antes da descriminalização da conduta; (ii) após a descriminalização da conduta. Quanto ao primeiro momento, atentava-se ao momento em que era confirmada a materialidade e a autoria do agente responsável e, em seguida o Ministério Público oferecia sua acusação formal. Quanto ao segundo momento, tendo em vista o consumo de drogas estar submetido a regime que não suporta qualquer tipo de sanção penal, a apreciação da conduta fica a cargo das CDT (Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência). Neste último caso, a CDT é orientada, e em alguns casos é até obrigada pela legislação, a suspender o processo.<sup>146</sup>

Ademais, foi feito pela Universidade Nova de Lisboa um estudo o qual analisa a evolução do consumo de drogas em Portugal desde a descriminalização do uso. Os dados recolhidos são utilizados para “situar” os níveis de consumo de drogas após o ano em que foi decretada a descriminalização.<sup>147</sup>

Neste sentido, no ano de 2001 a taxa de consumo de drogas ilícitas pela população adulta era de 7,8%, em 2007 houve um aumento para 12% e em 2012 essa porcentagem decresceu para 9,9%. Outro fator observado diz respeito à droga mais consumida, que no caso é a cannabis, vulgarmente conhecida como maconha. Ainda, o Observatório Europeu das Drogas e da Toxicodependência (OEDT), o qual faz relatórios anuais com objetivo de comparar, de forma constante, os índices de consumo de drogas nos países da União Europeia e concluíram que Portugal apresenta um dos índices mais baixos de consumo dessas substâncias entre todos os países da UE.<sup>148</sup>

A pesquisa concluiu que a descriminalização do consumo de drogas não deve ser atribuída diretamente a variações apresentadas nos níveis de consumo na população portuguesa.<sup>149</sup> Neste sentido afirma Jorge Quintas:

“De igual modo, não será de reivindicar para a alteração legislativa a evolução positiva nos consumos problemáticos e na redução nas consequências negativas do consumo de drogas. As alterações nesse tipo de indicadores estarão muito mais dependentes da evolução dos padrões de uso de drogas, particularmente da heroína, e da interferência positiva de medidas

---

<sup>146</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>147</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>148</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>149</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

de redução de riscos e minimização de danos postas em prática para os consumidores problemáticos.”<sup>150</sup>

Segundo as pesquisas feitas, Portugal ratifica o resultado esperado, pois ficou demonstrado que a descriminalização do uso de todas as drogas não teve qualquer efeito considerado relevante no consumo e dependência de drogas.<sup>151</sup>

Em Lisboa, a descriminalização de todas as drogas resultou em uma proximidade do dependente ao governo, pois não há mais o “medo” do indivíduo responder criminalmente e assim muitos procuram o tratamento em hospitais. Descriminalizar não quer dizer despenalizar, continua haver desaprovação social em relação aos consumidores, mas não há mais uma estigmatização que envolve o tratamento dessa questão na esfera do direito penal, que foi de fato suprimido.<sup>152</sup>

Desde a descriminalização em Portugal, a taxa de HIV vem caindo, o uso entre adolescentes diminuiu e as taxas de consumo da maconha estão entre as mais baixas da União Europeia.<sup>153</sup>

Foram feitas pesquisas também na escola de Criminologia da Universidade de Porto, nas quais procurou-se verificar atitudes e conhecimento da lei da população frente à legislação das drogas. Na primeira parte da pesquisa desenvolvida em 2003, participaram estudantes de psicologia e de direito, policias, adultos e por fim dependentes de drogas. Com relação à segunda fase, desenvolvida em 2011 e 2012, participaram apenas estudantes de psicologia, direito e de criminologia.<sup>154</sup>

Quanto ao primeiro inquérito, desenvolvido no ano de 2003, verificou-se no geral que a maior parte dos participantes do grupo (estudantes de psicologia e de direito, policias), compartilhavam de posicionamentos muitos semelhantes durante a pesquisas, por outro lado os toxicodependentes destacaram-se por apresentarem uma atitude menos

---

<sup>150</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 74.

<sup>151</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>152</sup> QUEBRANDO O TABU. Fernando Andrade Grostein. São Paulo: Produção de Spray Filmes, 2013. 1 DVD.

<sup>153</sup> QUEBRANDO O TABU. Fernando Andrade Grostein. São Paulo: Produção de Spray Filmes, 2013. 1 DVD.

<sup>154</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

proibicionista e conseqüentemente mais favoráveis a descriminalização do consumo de drogas.<sup>155</sup>

O que tange o conhecimento da lei, verificou-se que a porcentagem minoritária reconheceu a descriminalização das drogas como um regulamento legal para o consumo de substâncias entorpecentes. Antagonicamente, a maior porcentagem dos participantes julgou que o uso de drogas é crime, ou acham que não é uma conduta proibida ou não conseguem identificar a regra legal adequada para aplicar ao consumo de drogas. Por outro lado, o que se refere às atitudes frente à legislação, há uma moderada tendência ao apoio a proibição do uso de drogas mais pesadas, como, por exemplo, a cocaína e a heroína. Entretanto, a maior parte dos participantes mostraram preferência por medidas alternativas de tratamento, ao invés de respostas sancionatórias como a multa e principalmente o cárcere.<sup>156</sup>

Com isso, concluiu-se que o conhecimento da lei que rege o consumo de drogas demonstrou-se prejudicada e “pobre”, tendo em vista que a minoria dos participantes identificou, de forma correta, qual regime legal que está em vigor em Portugal. Segundo Jorge Quintas, “estes níveis de conhecimento remetem para uma situação de grande incerteza na análise dos possíveis efeitos dissuasivos da lei.”<sup>157</sup>

Quanto às atitudes, os participantes posicionaram-se pela preferência de medidas alternativas de tratamento, apesar de a maior parte apoiar a proibição do uso de drogas.<sup>158</sup>

Portanto, a partir da descriminalização de todas as drogas em Portugal pode-se perceber que as críticas feitas ao uso de mecanismos sancionatórios (prisão, multa) e da lei penal são afastadas. Além disso, observa-se uma maior comunicabilidade entre o setor da saúde e o setor judiciário, proporcionando maior efetividade na aplicação de um regime legal protecionista do usuário de drogas. Acrescente-se que apesar de não haver consenso quanto à descriminalização, ou não, das drogas entre a população portuguesa, é notável que a maioria concorda com a aplicação de mecanismos sancionatório de natureza terapêutica ao consumo.

---

<sup>155</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>156</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>157</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 77.

<sup>158</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

Por fim, não houve interferência relevante no índice de consumo de substâncias entorpecentes com a descriminalização.<sup>159</sup>

#### 2.3.4 Aproximações e Divergências

Diferentemente da Argentina e de Portugal, a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileira ainda não entendem pela descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06. O Brasil apenas não trata mais o porte de drogas para uso pessoal com cunho repressivo, mas sim preventivo. Dessa forma, o usuário e o dependente químico não são mais tratados como “delinquentes”, tendo em vista a adoção pela própria lei de drogas de políticas públicas que tem como finalidade a ressocialização do usuário e/ou dependentes de substâncias entorpecentes.

Tanto na Argentina como em Portugal, houve a descriminalização do porte para uso de drogas para a substância vulgarmente conhecida como maconha, entretanto fixaram limites diferentes. Na Argentina, o porte para uso da *cannabis* foi descriminalizada só para os maiores de 16 (dezesesseis) anos. Por outro lado, Portugal delimitou um consumo médio individual, o qual a quantidade delimitada não pode ultrapassar o período de dez dias.

Importante ressaltar, que em Portugal houve a descriminalização de todas as drogas conforme a Lei 30/2000, no entanto na Argentina houve a descriminalização para o uso pessoal apenas da maconha.

Em Lisboa, a descriminalização de todas as drogas gerou uma proximidade do dependente ao governo, pois não há mais o medo do indivíduo responder criminalmente e assim muitos procuram o tratamento em hospitais.<sup>160</sup> Descriminalizar não quer dizer despenalizar, ainda existe a desaprovação social em relação aos consumidores, mas não há mais uma estigmatização que envolve o tratamento dessa questão na esfera do direito criminal que foi de fato suprimido.

Portanto, no Brasil, a conduta de porte para uso próprio de substâncias ilícitas continua sendo crime, não houve a descriminalização conforme sustenta o renomado autor Luiz Flávio Gomes, entretanto, conforme o Supremo Tribunal Federal, houve a despenalização da conduta. Na Argentina, houve a descriminalização para uso pessoal da

---

<sup>159</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>160</sup> QUEBRANDO O TABU. Fernando Andrade Grostein. São Paulo: Produção de Spray Filmes, 2013. 1 DVD.

maconha para maiores de 16 anos e, por fim, em Portugal, houve a descriminalização para o uso de todas as drogas, entretanto a quantidade delimitada não pode ultrapassar o período de dez dias.

### **3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06**

Este capítulo analisará os critérios utilizados pelas Cortes Superiores para a aplicação do princípio da insignificância ao porte, para uso próprio, de substâncias entorpecentes. Referido tema, desde a antiga Lei 6.368/76, apresenta grande controvérsia na jurisprudência e doutrina. Entretanto, com a edição da nova lei a temática ganhou mais força.

Portanto, ante a matéria possuir muita discussão e relevância, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, serão apresentadas análises frente a situações em que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal reconheceram ou não a aplicação do axioma da insignificância referente aos usuários de drogas explanadas as motivações utilizadas.

#### **3.1 Entendimentos doutrinário**

Há diversos posicionamentos doutrinários acerca da aplicação do princípio da insignificância ao crime tipificado no art. 28 da Lei. 11.343/06. Trata-se de uma conduta peculiar do Direito Penal, pois referida conduta é classificada como um “delito de posse” e, portanto, há diversos posicionamentos no sentido de não aplicar o axioma em questão. Entretanto, a aplicação do referido postulado torna a conduta em atípica, dessa forma as medidas alternativas presentes no artigo supracitado não serão aplicadas.<sup>161</sup>

Importante ressaltar que a antiga Lei de Drogas penalizava o usuário em dois anos de detenção, sanção considerada relevante. Diante desse quadro, grande parte da doutrina concordava com a aplicação do princípio da insignificância, pois muitas vezes a aplicação da referida sanção era desproporcional diante da quantidade ínfima que o agente portava.<sup>162</sup>

Com o advento da nova lei, a qual confere medidas alternativas ao usuário, não há que se falar em desproporcionalidade entre a sanção e a conduta praticada. Dessa forma, o art. 28 da Lei 11.343/06 tem a intenção de punir, diante da falta de previsão de penas privativas de liberdade e a observância ao sistema de políticas públicas que procuram a

---

<sup>161</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>162</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

reincidência dos usuários e dependentes, demonstram-se proporcionais e razoáveis diante da conduta.<sup>163</sup>

Neste sentido, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, posicionam-se no sentido de que se o princípio da insignificância for admitido para tornar a conduta em atípica haverá um “esvaziamento” do art. 28 da Lei de Drogas. Em consequência, tendo em vista que a Lei tem o objetivo de “punir” o usuário. O postulado em questão, se aplicado, acarretaria em uma contradição com toda a sistemática que fora adotada pela legislação.<sup>164</sup>

Ainda conforme os autores, o porte de quantidade ínfima da droga constitui a própria essência do tipo, por isso se um usuário for pego com uma quantidade irrisória da droga, o crime estaria do mesmo jeito configurado.<sup>165</sup>

Acompanha esse raciocínio o professor Sérgio Ricardo de Souza o qual afirma:

“[...] a utilização genérica do princípio da insignificância na prática do crime em questão [...], paticamente teria efeito semelhante ao de um *abolitio criminis* judicial, visto que a grande maioria dos casos enquadrados nesse tipo penal envolve como autores, portadores de pequena quantidade da droga, quantidade esta que, dependendo do usuário, já pode trazer efeitos os quais a norma penal visa combater, atingindo, dentre outros bens jurídicos tutelados pela norma, a saúde pública e a paz social.”<sup>166</sup>

Por outro lado, afirma o autor Luiz Flávio Gomes, que se a droga apreendida não tiver qualquer capacidade para ofender o bem jurídico tutelado, tendo em vista a quantidade irrisória da droga, a conduta não será punida penalmente, independente de a conduta ser um “delitos de posesión”. Como consequência natural do postulado haverá a exclusão da tipicidade pelo fato da conduta ser insignificante ou pelo fato do resultado da conduta ser ínfimo.<sup>167</sup> Neste sentido afirma:

“A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria

<sup>163</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. 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, 2012.

<sup>164</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>165</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

<sup>166</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>167</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

penal muito singular no Direito penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima e da sua finalidade (uso pessoal), não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-penal”). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante.”<sup>168</sup>

Nessa linha, afirma Salo de Carvalho que se o bem jurídico tutelado pela Lei Penal é a estrita proteção à saúde pública, as condutas que produzem danos irrelevantes estariam afastadas por serem atípicas. Em outras palavras, diante de um caso concreto a conduta em questão deve gerar uma ofensa efetiva ao bem jurídico, portanto se a conduta possui “baixo grau de lesividade”, a conduta será de fato atípica.<sup>169</sup>

O referido autor vai além e reconhece que a supremacia da saúde pública anula qualquer forma de “diálogo democrático” dentro do campo jurídico, pois para ele, colocar os direitos coletivos sob os individuais é um erro quando diante de uma situação onde é mínima a capacidade de ofender o bem jurídico.<sup>170</sup>

Portanto, nota-se que a doutrina diverge quanto à aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. Os autores que apresentam posicionamento contrário alegam que a aplicação do postulado vai contra a própria essência do artigo em questão, dessa forma haveria uma neutralização do dispositivo supracitado, pois o porte de pequena quantidade de drogas constitui o tipo penal. Por outro lado, para os autores que apresentam resposta afirmativa para aplicação do axioma em questão alegam que é necessário observar a concreta capacidade da conduta ofender o bem jurídico, pois se não tiver essa capacidade a quantidade ínfima torna a ação em atípica.

### 3.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi atribuída a responsabilidade de tornar a interpretação da lei federal uniformizada em todo território brasileiro, sempre sob a luz de princípios constitucionais e observando a defesa e garantia do Estado de Direito.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156.

<sup>169</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>170</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>171</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Atribuições, 2014*. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Conheça-o-STJ/Atribuições](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Conheça-o-STJ/Atribuições)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

A maioria dos Ministros que compõem a Corte em comento possuem posicionamento contrário à aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. Os argumentos utilizados diante da temática em tela variam de preocupações com a saúde pública à presunção de perigo ao bem tutelado. Para elucidar tal afirmação segue o RHC nº 35.920-DF:

**“RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.**

1. **Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância** aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes.

2. **O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública**, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, **bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado**. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.

4. **A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio**, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso em habeas corpus não provido.”<sup>172</sup> (grifo nosso)

Desde a antiga Lei de Drogas, não se admitia a aplicação do princípio da insignificância para condutas como tráfico ou uso de drogas, mesmo que a quantidade do objeto apreendido fosse ínfima. Contudo, com o advento da nova Lei de Drogas, surgiram diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudências acerca da temática.<sup>173</sup> O STJ, no RHC nº 35.920-DF, seguiu a linha de Guilherme Nucci, que preceitua que a atual disposição

<sup>172</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 35910/DF*. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 01 set. 2014. p. 1.

<sup>173</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 35910/DF*. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 01 set. 2014. p. 1.

do art. 28 da Lei 11.343/06, não admite a aplicação do axioma em questão, pois se tornou infração de mínimo potencial ofensivo, comportando, portanto, penas brandas.<sup>174</sup>

Nesse sentido, posicionou-se o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, no julgado supracitado, sob a premissa de que o legislador teve a intenção de impor medidas de caráter educativo, para que, dessa forma, o usuário fosse alertado sobre o risco para a própria saúde e obstar a reiteração da prática do delito. Ademais, mesmo que ínfima, a quantidade da droga apreendida reconheceu a tipicidade da conduta presente no art. 28 da Lei de Drogas.<sup>175</sup>

Quanto à justificativa referente à saúde pública, o Ministro Relator seguiu a premissa de que a potencialidade ofensiva da conduta do usuário não atinge apenas a saúde individual, mas também e principalmente da coletividade.<sup>176</sup> Segundo os ensinamentos do renomado autor Luiz Flávio Gomes, a saúde pública é o bem jurídico tutelado “imediato”, e a Lei em questão pretende protegê-lo.<sup>177</sup>

Acrescenta-se, ainda, de acordo com o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz no RHC 35.910-DF, que o crime de porte de drogas ilegais, após comprovado que o caso concreto realmente colocou em risco o bem jurídico tutelado, é de perigo abstrato ou presumido, ou seja, a conduta não depende de nenhum resultado efetivo, mas, como já, dito é imprescindível que se comprove a idoneidade lesiva da conduta.<sup>178</sup> Neste sentido, em RHC diverso, o Relator Ministro Og Fernandes se posicionou de forma equivalente:

"(...) os crimes da lei de tóxicos se caracterizam com delitos de perigo abstrato, que visam proteger a saúde pública e, assim, prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco bem jurídico tutelado. A posse ou guarda de substância entorpecente não afasta o perigo à coletividade e a saúde pública, sendo indiferente a

<sup>174</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>175</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 35910/DF*. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 01 set. 2014. p. 5.

<sup>176</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 35910/DF*. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>177</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>178</sup> GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

pequena quantidade de droga apreendida, pois esta é circunstância da própria essência do delito."<sup>179</sup>

Vale dizer que a maioria dos Ministros que compõem o STJ, atualmente, compartilham do mesmo raciocínio, onde entendem que a ínfima quantidade de drogas ilícitas integra a essência da conduta prescrita no art. 28 da Lei de Drogas, pois caso contrário estaria diante de crime de tráfico de drogas, crime descrito no art. 33 da Lei supracitada.<sup>180</sup> Entretanto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 110.475/SC, posicionou-se de forma diversa, utilizando como fundamento a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que para configurar um delito de perigo abstrato, é necessário demonstrar que o bem jurídico tutelado realmente será lesado, ou seja, se a conduta é capaz, ou não, de atingir o bem jurídico que é protegido pela norma.<sup>181</sup>

Uma decisão proferida em 1997 pelo STJ, em processo relatado pelo Ministro, na época, Luiz Vicente Cernicchiaro, em sede de Recurso Especial, mostrou-se contrapor a posição que hoje é seguida pelos Ministros da mesma Corte. Em seu voto, o referido relator afirmou que para existir infração penal é necessário haver probabilidade de ofensa ao bem jurídico.<sup>182</sup> Nesta mesma linha, consignou:

“[...] a minha colocação é de que a quantidade ser relevante para configurar o ilícito. Se ínfima, não puder ofender o bem jurídico, isto é, impedir o tráfico ou ser ineficaz para gerar dano a saúde do usuário, parece-me não ser relevante para a caracterização do crime”.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 34.466/DF*. 6ª Turma. Recorrente: Alessandro Pereira Coutinho. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 14 mai. 2013. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=rhc+34466&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 01 set. 2014. p. 8.

<sup>180</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 35910/DF*. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

<sup>182</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 154.840/PR*. 6ª Turma. Recorrente: Elielson Del Padre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 18 dez. 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800121714&dt\\_publicacao=17-02-1999&cod\\_tipo\\_documento=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800121714&dt_publicacao=17-02-1999&cod_tipo_documento=3&formato=PDF)> Acesso em: 02 set. 2014.

<sup>183</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 154.840/PR*. 6ª Turma. Recorrente: Elielson Del Padre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 18 dez. 1997. Disponível em:

Esse é um posicionamento minoritário no STJ e por isso tornou-se uma decisão paradigmática. Neste sentido, parte da doutrina e jurisprudência passou a interpretar o porte de pequena quantidade de drogas como sendo uma conduta atípica, pois não teria a capacidade de ofender o bem jurídico tutelado na Lei 11.343/06, qual seja, a saúde pública.<sup>184</sup>

Logo, conforme o STJ, os argumentos desfavoráveis para aplicação do princípio da insignificância independem da quantidade que for apreendida com o usuário, não cabendo a aplicação do referido princípio, pois o crime é de perigo abstrato, sendo que a ínfima quantidade contempla a própria essência do crime. Além disso, o Estado tem o dever de assegurar a saúde pública, visto que a conduta em questão atinge toda coletividade.

No entanto, os argumentos favoráveis consistem em ressaltar que apesar de ser um crime de perigo abstrato, a conduta deve mostrar capacidade de atingir o bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública e a do próprio usuário.

Nestes termos, apesar de considerável posicionamento na jurisprudência e de tese pacificada na doutrina atual, observa-se grande relutância no STJ na aplicação do princípio da insignificância nos casos previstos no art. 28 da Lei. Esta rigidez, justifica-se, geralmente, no sentido de resguardar a saúde pública sobrepondo o direito de toda sociedade contra o indivíduo, ou seja, choque entre o direito público e direito privado.<sup>185</sup>

Nota-se uma resposta exacerbada do Direito Penal frente ao caso concreto, onde princípios fundamentais, como proporcionalidade e razoabilidade são esquecidos, e, como consequência, o interesse do Estado aniquila o interesse individual, tornando impraticável qualquer possibilidade de diálogo democrático no campo jurídico. Portanto, é de suma importância observar a real capacidade, conforme o caso, de ofensa ao bem jurídico tutelado, pois a quantidade ínfima da droga, muitas vezes, torna a ação em atípica.<sup>186</sup>

Conforme exposto, apesar de haver decisões paradigmáticas, as quais seguem o entendimento de que a quantidade ínfima de substâncias ilícitas não é capaz de ofender o bem jurídico, a maioria das decisões do STJ seguem o entendimento que a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, é de perigo presumido, pois a pequena quantidade de drogas

---

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800121714&dt\\_publicacao=17-02-1999&cod\\_tipo\\_documento=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800121714&dt_publicacao=17-02-1999&cod_tipo_documento=3&formato=PDF)> Acesso em: 02 set. 2014. p. 2.

<sup>184</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>185</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>186</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

compõe o próprio tipo penal atingindo, principalmente, a saúde de toda a coletividade. Contudo, não se demonstra ser o entendimento mais coerente, tendo em vista que, dependendo do caso concreto, há que observar princípios constitucionais fundamentais, tais como: proporcionalidade e razoabilidade, pois quando ignorados estaríamos diante de uma resposta, exagerada do Direito Penal. Neste sentido, Fernando Capez leciona "crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade".<sup>187</sup>

### 3.3 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em conformidade com o art. 102 da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Carta Maior, sendo assim o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O art. 12, §2º, IV da CF/88, ainda prescreve ser a Corte Maior composta por onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal.<sup>188</sup>

É sabido que o STF, para tornar a conduta atípica, estabeleceu premissas para que seja possível a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.<sup>189</sup>

A 1ª Turma do STF, no Habeas Corpus nº 110.475, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, entendeu pela aplicabilidade do princípio da insignificância a conduta de porte ilegal de pequena quantidade de droga ilícita. Neste sentido, segue a ementa:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os

<sup>187</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Institucional, 2011*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

<sup>189</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.”<sup>190</sup>

O Ministro Relator posicionou-se contra acórdão do STJ, proferido no HC nº 168.049/SC, o qual denegou a ordem, pois a Quinta Turma entendeu pela não aplicação do princípio da insignificância, sob a justificativa “análise do pedido de aplicação ao caso do Princípio da Insignificância demanda, em princípio, revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.”<sup>191</sup>

Entretanto, o Ministro Dias Toffoli posicionou-se de forma contrária, pois compreendeu ser a conduta atípica pela aplicação do postulado da insignificância por se tratar da quantidade ínfima de 0,6 gramas da droga ilícita, cannabis (maconha).<sup>192</sup> Neste sentido, e nas circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, fundamentou a aplicação do axioma supracitado considerando que a conduta do agente demonstrou ser de ofensividade mínima, irrelevante grau de reprovabilidade, não demonstrar qualquer periculosidade social e não

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014. p.1.

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014. p. 6.

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

implicar, principalmente, em expressiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, qual seja, saúde pública.<sup>193</sup>

No caso em tela, o Ministro Relator demonstrou que a conduta do agente, contida no art. 28 da Lei 11.343/06, não representa qualquer tipo de ofensa ao bem jurídico tutelado, pois a quantidade pequena da droga, em questão, é absolutamente incapaz de produzir resultado que ameace a saúde pública ou a do próprio agente.<sup>194</sup> Dessa forma, não pode uma decisão basear-se simplesmente em uma conduta de perigo abstrato, ignorando-se sua real lesividade diante do caso concreto, pois, nesse sentido o Direito Penal pode dar uma resposta desnecessária e inócua, tendo em vista ignorar princípios e instrumentos fundamentais que estão contidos na Constituição Federal.<sup>195</sup>

Ademais, acrescentou, que o Estado tem a obrigação de proteger a saúde pública, entretanto não poderá fazê-lo através de uma resposta desproporcional que incrimine conduta que não apresenta qualquer perigo ao objeto jurídico tutelado. Diante de tal situação, demonstra-se ser perfeitamente cabível o princípio da insignificância.<sup>196</sup> A esse respeito, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni afirmam:

“[...] convém repudiar a ideia de bem jurídico tutelado, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do conceito limitador de bem jurídico afetado, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade, que requer também uma entidade mínima de afetação (por dano ou perigo), excluindo bagatelas ou afetações insignificantes. A presença de um bem jurídico alheio afetado permite reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução de um outro – o que implica na

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

<sup>189</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014. p. 14.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

consideração da alteridade como pressuposto geral da intervenção penal. Neste sentido, pode-se afirmar que o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo representa o outro no conflito jurídico-penal, constitui o seu signo no recorte típico, cabendo comparecer o chamado princípio da insignificância, que exclui a tipicidade nos casos de ínfimas e irrisórias afetações do bem jurídico, como defecção da alteridade.”<sup>197</sup>

Outrossim, o Ministro Dias Toffoli afirma que com a revogação da antiga Lei de Drogas e conseqüentemente de seu extinto art. 16, que previa a posse de drogas para uso próprio como uma conduta criminosa, deve ser observada com outros olhos. A interpretação do novo dispositivo (art. 28 da Lei 11.343/06) deve ser feita à luz de princípios fundamentais, como, principalmente, dignidade da pessoa humana, pois dessa forma confere-se uma proteção maior a direitos e valores quando são ofendidos, tendo em vistas estes serem indispensáveis à ordem social.<sup>198</sup>

O Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia seguiram a mesma linha do Ministro Relator, entendendo pela aplicação do postulado da insignificância. O Senhor Ministro Luiz Fux foi além e afirmou, através da ponderação entre o crime o castigo, que a situação em tela já era suficiente para “servir de lição” ao jovem primário de bons antecedentes.<sup>199</sup> Nas palavras do ilustre Ministro:

“[...]aquela microtragédia familiar revelou que, às vezes, só o fato desse jovem primário, de bons antecedentes, ter respondido a esse processo, ter se submetido a uma audiência criminal, já deve ter-lhe servido de uma lição bastante exata.”<sup>200</sup>

<sup>197</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1. p.228.

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014. p. 17.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 110475/SC*. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 07 abr. 2014. p. 17.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça, têm o entendimento majoritário pela não aplicação do princípio da insignificância quando se trata de substâncias entorpecentes, nesta mesma linha, cita-se alguns precedentes: HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 92.287/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 83.191/DF e HC 81.523/PR, Rel. Min. Nelson Jobim. Neste sentido, verifica-se o posicionamento adotado no HC 102.940/ES, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. **IV - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes.** V - A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI - Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII - Habeas corpus prejudicado.”<sup>201</sup> (grifo nosso)

Aduz-se do precedente apresentado que os fundamentos utilizados para a não aplicabilidade do princípio da insignificância muito se assemelham aos utilizados no Superior Tribunal de Justiça, tal como o trazido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, qual seja “delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido”<sup>202</sup>

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 102.940/ES*. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 09 set. 2014. p. 1-2.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 102.940/ES*. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF,

É importante ressaltar que com a aplicação do princípio da insignificância no art. 28 da Lei em comento, ainda conforme o Ministro Relator, prejudicam as políticas de redução de danos e de prevenção, haja vista terem como objetivo reinserir o usuário de drogas na sociedade através de justiça terapêuticas, ou seja, visa um bem social e não apenas individual.<sup>203</sup> Portanto, com a aplicação desse postulado os objetivos a serem alcançados por essas políticas ficam obstados, pois não seria aplicada nenhuma reinserção ou medida preventiva para a recuperação do usuário.

Quanto à saúde pública, seguiu a mesma linha do Ministro Sydney Sanches no HC 81.641/RS e a Ministra do STJ, Laurita Vaz no RHC 22.372/ES, o qual interpreta o art. 28 da Lei de Drogas como crime de perigo abstrato ou presumido, onde, já comentado, não é necessário que a saúde pública, bem jurídico protegido, sofra qualquer lesão efetiva, importa apenas a prática da conduta proibida para que haja a presunção ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.<sup>204</sup>

Logo, conforme os argumentos apresentados pela Suprema Corte, a aplicação do princípio da insignificância apoia-se nos argumentos favoráveis de que a quantidade ínfima da droga não ofende ao bem jurídico tutelado, qual seja, saúde pública, e desta forma poderia gerar uma resposta desproporcional do Direito Penal diante do caso concreto. Ademais, inexistente qualquer periculosidade social da ação, tendo em vista a quantidade irrisória da droga; é reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento; e por fim, é inexpressiva a lesão jurídica provocada. O Ministro Luiz Fux, ainda afirmou que diante da ponderação entre o crime e o castigo, que já era “lição suficiente” o réu ter passado por uma audiência criminal.

Entretanto, em contradição aos argumentos favoráveis, destaca-se que o delito de porte para uso próprio é considerado crime de perigo presumido e a ínfima quantidade da droga já configura o tipo penal. Além disso, a política de danos estaria prejudicada se o art. 28

15 fev. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 09 set. 2014. p. 1-2.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 102.940/ES*. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 09 set. 2014.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 102.940/ES*. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 09 set. 2014.

da Lei 11.343/06 não fosse aplicado diante desses casos, pois tem como objetivo maior reintroduzir o usuário de drogas na sociedade através de justiça terapêuticas.

De qualquer modo, é explícito a relutância para a aplicação do princípio da insignificância pelos Egrégios Tribunais Superiores, onde a maioria dos precedentes fundamentam o perigo presumido ou abstrato, mesmo que mínima a quantidade apreendida, bastando apenas portar a substância ilícita para a caracterização do crime. Notadamente, observa-se que os Tribunais pátrios posicionam-se dessa forma em face à saúde pública, à saúde individual e da potencialidade que a droga possui de levar o indivíduo a uma dependência química e /ou física, dessa forma, para ressocialização do agente, as Cortes Superiores do Brasil optam pela aplicação de medidas educativas, independentemente da quantidade apreendida da droga.<sup>205</sup>

### 3.4 Da aplicação

Nota-se que o crime de porte para uso pessoal de drogas é um crime de mera conduta, ou seja, referida ação caracteriza-se pelo mero porte de drogas. Entretanto, deve ficar demonstrado a capacidade de lesar o bem jurídico tutelado.

Para que o crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06 seja consumado, é necessário que a saúde do indivíduo seja lesada. Observa-se que há ausência de “expansibilidade” do perigo para a saúde pública, ou seja, o bem jurídico tutelado é a saúde individual e não a saúde coletiva.

Neste sentido, segue o posicionamento de Salo de Carvalho que afirma que é antagônico sustentar que a conduta para uso próprio possa atingir a saúde pública, pois o que afere-se neste quadro é a integridade física do indivíduo. Se a saúde de toda coletividade for sobreposta a saúde individual, estaríamos diante do “direito penal do autor”, onde todo usuário seria um possível traficante.<sup>206</sup>

Afirma ainda o referido autor que se o bem jurídico tutelado pela Lei Penal é a estrita proteção à saúde pública, as condutas que produzem danos irrelevantes estariam afastadas por serem atípicas. Em outras palavras, diante de um caso concreto, a conduta em

---

<sup>205</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>206</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

questão deve gerar uma ofensa efetiva ao bem jurídico. Portanto, se a conduta possui “baixo grau de lesividade”, a conduta será de fato atípica.<sup>207</sup>

Noutro giro, o princípio da insignificância é aplicável ao art. 28 d Lei 11.343/06, pois como exposto, quando a conduta não apresentar qualquer perigo de lesar a saúde privada do agente e muito menos a saúde pública, não há que se falar em crime. Dessa forma, é importante observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois, quando a quantidade é irrisória, a ponto de não prejudicar a saúde do indivíduo e em consequência a saúde de terceiros, não há que se falar em crime. Portanto, nestes casos, aplica-se o princípio da insignificância.

No entanto, é importante observar os vetores que foram estabelecidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, pois estabelece limites a serem seguidos pelos magistrados para a aplicação do axioma em comento. No entanto, é importante ressaltar, que nem sempre os referidos vetores serão aplicados na mesma proporção conforme o caso concreto apresentado.

Em suma, se a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, não apresentar qualquer capacidade de ofensa ao bem jurídico, seja por ser ínfima a quantidade apreendida, seja por não apresentar qualquer periculosidade, a conduta se torna atípica. Conforme o exposto, a conduta de porte para consumo próprio, quando não apresentar concreta aptidão de lesar a saúde individual do agente, e, com apoio no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, torna a ação em atípica. Portanto, por demonstrar ser o entendimento mais adequado, posiciona-se pela aplicabilidade do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06.

---

<sup>207</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

## CONCLUSÃO

Como exposto, o tema da presente monografia analisa a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28 da Lei 11.343/06.

No primeiro capítulo foi possível concluir que diante de condutas ou resultados parcos aplica-se o princípio da insignificância. Dessa forma, não é adequada à incidência de pena criminal, tendo em vista que a tipicidade caracteriza-se pela importância relevante e concreta para ordem social.

Nesse sentido, o axioma em questão é utilizado para evitar a atuação desnecessária do Estado frente a situações em que a conduta demonstra-se irrelevante, e, por isso, o direito penal não deve ser acionado, pois, como é sabido, a aplicação do princípio da insignificância torna a conduta típica em atípica.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu quatro vetores a serem seguidos para que seja possível a aplicação desse postulado, quais sejam: “(a) ausência de periculosidade social da ação; (b) mínima ofensividade da conduta do agente; (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de reprovabilidade da conduta”. Entretanto, os vetores não são ponderados na mesma proporção, ou seja, dependendo do caso concreto serão aplicados em níveis diferentes.

No segundo capítulo, primeiramente, foram analisadas as políticas públicas relacionadas as drogas, e, para alguns autores, a Lei 11.343/06, busca reprimir o tráfico de drogas com penas mais severas, porém, pretende proteger o usuário de drogas, não com o estímulo do consumo de drogas. Pelo contrário, a sua finalidade é, principalmente, informar e advertir a sociedade quanto aos efeitos e consequências da droga, sem apresentar uma abordagem repressiva ou proibitiva acerca da temática. Para tais autores, essa política sustenta que os meios repressivos e preventivos utilizados podem acarretar na própria superação dos prejuízos que podem ser causados pelo uso de entorpecentes.

No que tange às mudanças estabelecidas pela nova redação do art. 28 da Lei 11.343/06, observou-se ser indiscutivelmente mais benéfico do que o antigo art. 16 da revogada Lei 6.368/76. Entretanto, surgiram polêmicas acerca do novo dispositivo. Há quem defenda que houve a descriminalização da conduta de posse para consumo pessoal de drogas por ser uma infração *sui generis* e não ser mais possível a aplicação de pena restritiva de

liberdade. Contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não aceitaram referido posicionamento, o que, para Luiz Flávio Gomes, gera uma visão do usuário como “tóxico-delinquente”. No entanto, não parece ser a pretensão da nova lei e a questão foi sepultada. Entretanto, importante destacar, que para o Supremo Tribunal Federal houve a despenalização da conduta em comento, tendo em vista a pena de prisão ter sido substituída por penas alternativas. Dessa forma, houve uma suavização da resposta do direito penal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, não compartilha do mesmo entendimento, e, afirma, que não houve nem a descriminalização e nem a depenalização da conduta.

Para enriquecer a pesquisa, pesquisou-se a realidade em dois países culturalmente próximos do Brasil: Portugal e Argentina.

Quanto à questão da descriminalização da maconha na Argentina, o que merece mais destaque é o que se refere a reforma constitucional argentina de 1994, pois a referida Constituição incorporou tratados internacionais de direitos humanos. Dessa forma, reconheceu-se a relevância da proteção aos direitos humanos pela via internacional, e a soberania Estatal conseqüentemente foi limitada. Com isso, o cenário jurídico argentino modificou-se, uma vez que o Estado deve obedecer limites e cumprir critérios de inclusão social e econômica. Diante disso, não havia outro meio se não de ser reconhecida pela Corte Argentina a inconstitucionalidade do art. 14, §2º da Lei 23.737/1989.

Referente à descriminalização do consumo de todas as drogas em Portugal, percebe-se que as críticas feitas ao uso de mecanismos sancionatórios (prisão, multa) e da lei penal são afastadas. Além disso, observa-se uma maior comunicabilidade entre o setor da saúde e o setor judiciário, proporcionando maior efetividade na aplicação de um regime legal protecionista do usuário de drogas. Acrescente-se que, apesar de não haver consenso quanto à descriminalização ou não das drogas entre a população portuguesa, é notável que a maioria concorda com a aplicação de mecanismo sancionatório de natureza terapêutica ao consumo. Todavia, não houve interferência relevante no índice de consumo de substâncias entorpecentes com a descriminalização.

Finalmente, no último capítulo, fora observada a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte para uso pessoal de drogas. A doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicação do axioma supracitado ao art. 28 da Lei 11.343/06. Os autores que apresentam posicionamento contrário alegam que a aplicação do postulado vai contra a

própria essência do artigo em questão. Dessa forma, haveria uma neutralização do art. 28 da referida lei, pois o porte de pequena quantidade de drogas constitui o próprio tipo penal. Por outro lado, para os autores que defendem a aplicação da insignificância seria necessário observar a concreta capacidade da conduta ofender a saúde pública, pois se não tiver essa capacidade, a quantidade ínfima torna a ação em atípica.

Ademais, apesar de haver decisões paradigmáticas, as quais seguem o entendimento de que o a quantidade ínfima de substâncias ilícitas não é capaz de ofender o bem jurídico, a maioria das decisões do STJ segue o entendimento que a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, é de perigo presumido, pois a pequena quantidade de drogas compõe o próprio tipo penal atingindo, principalmente, a saúde de toda a coletividade. Contudo, este não demonstra ser o entendimento mais coerente, tendo em vista que, dependendo do caso concreto, deve-se observar princípios constitucionais fundamentais, tais como: proporcionalidade e razoabilidade, pois quando ignorados, ensejaria uma resposta exagerada do Direito Penal.

De qualquer modo, é explícito a relutância para a aplicação do princípio da insignificância pelos Egrégios Tribunais Superiores, onde a maioria dos precedentes fundamentam o perigo presumido ou abstrato, mesmo que mínima a quantidade apreendida, bastando apenas portar a substância ilícita para a caracterização do crime. Notadamente, os Tribunais pátrios posicionam-se dessa forma em face da saúde pública e da potencialidade que a droga possui de levar o indivíduo a uma possível dependência química e /ou física. Dessa forma, para ressocialização do agente, as Cortes Superiores do Brasil, optam pela aplicação de medidas educativas, independentemente da quantidade apreendida da droga.

Todavia, o entendimento dos Superiores Tribunais pátrios quanto ao bem jurídico tutelado encontra-se equivocado. Percebe-se não ser a saúde pública o principal foco, mas sim a saúde privada do agente. Neste sentido, quando a saúde privada é suprimida pela saúde pública, o interesse individual é “sacrificado”. Nesta linha, segue o entendimento de Salo de Carvalho, pois diante de ínfima quantidade de droga que não possui qualquer capacidade de lesar a saúde privada do agente e muito menos da saúde pública, percebe-se que o interesse individual prevalece sobre o interesse público.

Em outras palavras, o art. 28 da Lei 11.343/06 preocupa-se com a “integridade física” do indivíduo e não com a saúde pública. É antagônico sustentar que a posse para uso

pessoal de drogas envolve à saúde coletiva. Neste quadro, prioriza-se o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Neste sentido, comunga-se do entendimento pela aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. O crime de porte de drogas para consumo próprio é um crime de posse, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidade irrisória de drogas, não apresentando qualquer ofensividade ao bem jurídico tutelado, ou seja, a saúde privada, não há que se falar em conduta típica.

Além disso, a conduta em questão, deve demonstrar periculosidade para que dessa forma seja possível a sua tipificação. Em suma, se a conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, não apresentar qualquer capacidade de ofensa ao bem jurídico, seja por ser ínfima a quantidade apreendida, seja por não apresentar qualquer periculosidade, a conduta se torna atípica. Conforme o exposto, a conduta de porte para consumo próprio, quando não apresentar concreta aptidão de lesar a saúde individual do agente, e, com apoio no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, torna a ação em atípica. Portanto, por demonstrar ser o entendimento mais adequado, posiciona-se pela aplicabilidade do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1.17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra editora. 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. et al. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE I*. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 de setembro de 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 5*. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 de setembro de 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. *Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal: PARTE 6*. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090831192449988&mode=print)>. Acesso em: 11 de setembro de 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.
- QUEBRANDO O TABU. Fernando Andrade Grostein. São Paulo: Produção de Spray Filmes, 2013. 1 DVD.
- KARAM, Maria Lúcia. *A lei 11.343/06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo*. São Paulo: IBCCrim, 2006.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência a tual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDONÇA, Andrey Borges de; 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, 2012.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

REBELO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: Lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo, Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.ed. Lisboa: Editora Vega, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, Vanderson Roberto. *As funções do direito penal e as finalidades da sanção criminal no estado social democrático de direito*. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)>. Acesso em 04 abr. de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.