

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

THAYNA CABRAL COSTA FUZATO

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE AO
CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

VOLTA REDONDA

2018

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE AO
CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

Monografia apresentada ao curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Thayna Cabral Costa Fuzato

Professor Orientador:

Ricardo Fernandes Maia

VOLTA REDONDA

2018



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

"O princípio da insignificância e sua aplicabilidade no âmbito de parte de drogas para consumo pessoal".

Elaborado por Inayra Cabral Costa Costa apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 21 de Maio de 18

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ter me dado forças para concluir esta longa e árdua jornada. E, a minha família, que sempre incentivou, apoiou e acreditou em meu potencial.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a Deus por não ter me desamparado durante toda esta caminhada, e por ter me dado forças para alcançar este objetivo. Aos meus pais e avós que, com muito apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até aqui. Ao meu namorado, Matheus, que com imenso carinho e paciência, sempre me apoiou nos momentos de adversidade. E, ao meu professor e orientador Ricardo Fernandes Maia, pelos inúmeros ensinamentos, estes, de suma importância para o desenvolvimento desta monografia.

RESUMO

O presente estudo possui a finalidade de analisar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal, este, tipificado pelo art. 28 da Lei 11.343/06. Para isso, fora realizada uma análise doutrinária dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, da origem do Princípio da Insignificância, da relevância deste princípio para o Direito Penal brasileiro, bem como, dos diversos posicionamentos jurisprudenciais adotados pelos Tribunais. Outrossim, também foram analisados os critérios utilizados para distinguir o usuário de drogas do traficante e o tratamento jurídico conferido à estes indivíduos com o advento da Lei 11.343/06. E, nesse sentido, demonstrar que a aplicação do Princípio da Insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal deve ser consolidada.

Palavras-chave: Constituição Federal; princípio da insignificância; drogas; usuário.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	10
2.1 A Intervenção Mínima do Direito Penal	10
2.2 O Minimalismo Penal	12
2.3 Breve Abordagem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .	14
2.4 A Origem do Princípio da Insignificância	17
2.5 O Princípio da Insignificância no Direito Penal	18
3 O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O JUÍZO DE PERICULOSIDADE	23
3.1 Análise do crime de porte de drogas para consumo pessoal, em especial a maconha, e a sua distinção com o tráfico de drogas	23
3.2 A classificação do crime de porte de drogas para consumo pessoal como crime de perigo abstrato	28
3.3 O art. 28 da Lei 11.343/06 e os Princípios da Lesividade e Insignificância	31
4 O ART. 28 DA LEI 11.343/06 E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA VISÃO JURISPRUDENCIAL	36
4.1 Entendimentos contrários à aplicação do Princípio da Insignificância	36
4.2 Entendimentos favoráveis à aplicação do Princípio da Insignificância	39
5 CONCLUSÃO	43
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se discute, em sede doutrinária, bem como, jurisprudencial, a aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal, e, neste sentido, a presente monografia pretende abordar a possibilidade de sua aplicação como um eventual artifício descriminalizador de tal fato típico.

Cumprе destacar que, o bem jurídico tutelado na Lei de Drogas é a saúde pública, portanto, entendeu o legislador que a conduta daquele que porta a droga para consumo pessoal coloca em risco a saúde pública, entretanto, outro entendimento pode ser alcançado quando se contrasta a vontade do legislador com a experiência jurisprudencial, bem como os demais entendimentos doutrinários sobre a matéria. Surge então o questionamento sobre a aplicação de tal princípio quando o sujeito porta para consumo pessoal uma ínfima quantidade de entorpecente. Neste caso, seria, realmente, necessária aplicação do Direito Penal? A resposta desta indagação representa o objeto desta pesquisa, eixo do estudo.

O primeiro capítulo deste trabalho de conclusão de curso faz uma análise doutrinária acerca do Princípio da Insignificância, analisando princípios de suma importância para o Direito Penal. Em um segundo plano, realizamos uma breve alusão histórica para posteriormente adentrarmos na natureza jurídica do referido princípio.

O segundo capítulo tratará especificadamente sobre o juízo de periculosidade e o crime de porte de drogas para consumo pessoal. À priori, fazemos uma distinção do crime supracitado com o tráfico de drogas. Posteriormente, explicamos a configuração da conduta tipificada pelo art. 28 da Lei 11.343/06 como crime de perigo abstrato. E, por fim, fazemos uma ligação entre os Princípios da Lesividade e Insignificância com o art. 28 da Lei 11.343/06.

No terceiro e último capítulo, objetivamos demonstrar a visão jurisprudencial da temática aqui abordada, analisando precedentes das Cortes Superiores, e,

consequentemente, elucidando os entendimentos contrários e favoráveis à aplicação do Princípio da Insignificância.

É válido ressaltar que para a elaboração desta monografia, foram utilizados diferentes meios de fonte de pesquisa, dentre eles, legislação, jurisprudência, doutrina, artigo científico e documentário.

2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No intuito de que seja alcançada a finalidade do presente estudo, faz-se necessário pormenorizar os princípios basilares do Direito Penal que sustentarão os argumentos instituidores da temática abordada.

O Direito Penal consiste em um conjunto de normas jurídicas reguladoras do convívio social, cujo descumprimento ocasiona a cominação de sanções. No que lhe concerne, a Ciência Penal, tem como função analisar tal ordenamento, designando critérios objetivos para sua aplicação como um modo de restringir o arbítrio do mesmo.

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade do cidadão. [...] A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal necessária como também a liberdade individual possível (ROXIN, 2009, p. 17).

Nesse sentido, o referido capítulo tem por desígnio a análise de princípios de suma importância para o tema proposto, tendo em vista que os mesmos possuem uma enorme correlação com o princípio da insignificância, não só pela atuação em conjunto, mas também pelo direcionamento de sua aplicabilidade.

2.1 A Intervenção Mínima do Direito Penal

O princípio da intervenção mínima se exterioriza como um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, visto que preceitua que as normas de Direito Penal só devem intervir em último caso, ou seja, nos casos de perturbação a bens jurídicos de maior destaque. Ressalta-se que não compete ao Direito Penal regulamentar todas as condutas que se mostrem atentatórias, mas sim aquelas capazes de constatar um maior grau de nocividade ao meio social, e principalmente, aos bens jurídicos.

O Direito Penal deve ser minimamente utilizado como um meio de dirimir conflitos, vez que se caracteriza como o instrumento normativo de maior força de coação pelo fato de suas sanções atingirem o direito de ir e vir dos indivíduos. Logo, se outros meios de sanção ou outras formas de controle social revelarem-se capazes de tutelar esses bens jurídicos, são estes que devem ser empregados.

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores (GRECO, 2012, p. 47).

De acordo com o pensamento do autor supracitado, o princípio da intervenção mínima deve ser aplicado no momento da elaboração do Direito Penal, de forma a orientar o legislador na escolha dos bens mais importantes e indispensáveis ao convívio no meio social, bem como, servindo de guia para afastar a tutela do Direito Penal sobre bens, antes, tidos como de grande relevância, mas que em virtude da evolução da sociedade, podem ser protegidos por outros ramos do ordenamento jurídico.

Como consequência do princípio da intervenção mínima surge o princípio da subsidiariedade, também denominado princípio da *ultima ratio*, que leciona que as normas de Direito Penal devem ser aplicadas apenas nos casos onde nenhum outro tipo de norma seja hábil para dar a tutela devida aos bens de destaque na vida de um indivíduo e da própria coletividade. Assim sendo, conclui-se que o Direito Penal é o último recurso para a manutenção da ordem social, desempenhando uma função subsidiária.

Somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em situações extremas, como a última saída (*ultima ratio*). A princípio, portanto, deve-se deixar aos demais ramos do Direito a disciplina das relações jurídicas. A subtração de um pacote de balas em um supermercado, já punida com a expulsão do cliente do estabelecimento e com a cobrança do valor do produto ou sua devolução, já foi resolvida por outros ramos do Direito, de

modo que não necessitaria da interferência do Direito penal (ESTEFAN, 2010, p. 121).

Por fim, insta salientar que o princípio da intervenção mínima é indispensável para o Direito Penal Mínimo, tendo em vista que dele originam-se todos os demais princípios minimalistas.

2.2 O Minimalismo Penal

O Minimalismo Penal fundou-se sob forte influência de ideais iluministas que defendem a proteção aos bens jurídicos de maior importância, mas, sempre almejando a limitação do *ius puniendi* estatal. Trata-se, no entanto, de um procedimento de política criminal, melhor dizendo, de uma visão contextualizada das ocorrências sociais e políticas associadas aos fenômenos criminais orientados pelo princípio da intervenção mínima.

O que é o Direito Penal Mínimo senão uma política criminal preocupada em limitar ao necessário o *ius puniendi* estatal, manuseando primeiramente outras formas jurídicas de controle que não no âmbito penal, bem como se valendo de outras formas penalizadoras que não apenas a privação da liberdade (MELO, 2003, p.33).

No instante em que nos referimos à política criminal, devemos ter em mente um conjunto de princípios e valores embutidos no âmbito social, que vão posteriormente instigar um ideal, e conseqüentemente, servir como parâmetro para uma estruturação jurídico-penal.

É válido destacar a relevância da Criminologia para o Direito Penal, haja vista que os acontecimentos sociais abordados pela mesma servem de parâmetro para a construção do Direito Penal. São ciências que se completam, muito embora possuam objetos distintos.

O Direito Penal é um instrumento de controle social que através de um conjunto de normas jurídicas define condutas como delitos, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança.

Em contrapartida, a Criminologia consiste no estudo da criminalidade, traduzindo-se no conjunto de ações e omissões puníveis dentro do âmbito temporal e espacial. Cumpre ressaltar que esta tem também como incumbência a função de analisar quando o Direito Penal será o melhor mecanismo para solucionar conflitos relacionados à criminalidade.

A “Criminologia Crítica” tem como foco de seus estudos os elementos sociais, políticos, culturais e históricos que circundam o cenário da vida em coletividade, no que concerne aos acontecimentos de natureza criminal, afastando o estudo das condutas criminais isoladas para os fenômenos alusivos à criminalidade, levando em consideração um ângulo social. Por conseguinte, não se trata mais do estudo de casos em separado, mas sim de uma perspectiva global que visualiza o problema da criminalidade como um fenômeno social, devendo este ser estudado de forma ampla e em sentido geral, objetivando encontrar as causas sociais, políticas e históricas da própria criminalidade (CONDE, 2008).

Nesse sentido, surge então a necessidade de adequação dos dispositivos de Direito Penal à realidade social, com o propósito de que tal dispositivo cumpra efetivamente a sua função, uma vez que se observa o crime não mais como um evento isolado, mas sim como um fenômeno social. Surgem então os movimentos de política criminal, que se dividem em duas vertentes. De um lado, o Direito Penal Máximo com sua corrente “punitivista” que preconiza a cominação de penas mais severas como meio de dirimir os problemas da criminalidade. Os movimentos de política criminal se originam da chamada “Criminologia Tradicional” que direciona seus estudos a acontecimentos criminosos de forma isolada, almejando identificar a concepção do crime, investigando suas razões. Tal posicionamento enaltece uma intervenção máxima por parte do Direito Penal. Logo, conclui-se que política criminal equivale a um conjunto de princípios que vão nortear a criação de leis, bem como, sua posterior aplicabilidade (FERRAJOLI, 2010).

Por outro lado temos o movimento de política criminal denominado “Minimalismo Penal”, fortemente ligado à Criminologia Crítica, tendo como fundamento a intervenção mínima estatal, consagrando uma interpretação altruísta das normas penais sempre as direcionando para as garantias constitucionais. Nessa perspectiva, ressalta-se que o Direito Penal só deve intervir em situações de

extrema necessidade, e quando os demais ramos do Direito não forem satisfatórios para a solução do conflito.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre Garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis ou são imprevisíveis; apenas aquelas motivações por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do in dubio pro reo, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia in bonam partem, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

A ideologia Minimalista se respalda em vários princípios basilares, servindo estes de subsídio para estruturar o raciocínio do Direito Penal Mínimo. Dessa maneira, entendemos que é por meio do estudo pormenorizado dos referidos princípios que conseguiremos desvendar o Princípio da Insignificância, que afasta a tipicidade dos crimes de bagatela.

2.3 Breve Abordagem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transformação democrática e da instituição dos direitos e garantias fundamentais no Brasil, uma vez que caracteriza a ruptura com o regime autoritário militar de 1964. É importante salientar que foi a primeira constituição brasileira a abordar em um capítulo próprio os princípios fundamentais, acarretando em um grande avanço no que tange a consolidação das garantias e direitos fundamentais. Também foi a pioneira a certificar, em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana

como um fundamento do Estado Democrático de Direito. E, nesse sentido, leciona Luiz Flávio Gomes:

[...] esse princípio é a base de todos os demais, assim como do próprio modelo de estado que adotamos (Estado Constitucional e Democrático de Direito – CF, art. 1º, III). De qualquer maneira, no âmbito penal, cabe destacar o seguinte aspecto da sua força normativa: nem a lei e muito menos a pena pode ser ofensiva à dignidade humana sob pena de inconstitucionalidade patente (GOMES, 2006, p. 120/121).

Desse modo, faz-se necessário atentarmos para a dignidade da pessoa humana, como um dos princípios de maior importância na Constituição Federal. Afinal, sobre tal premissa estruturam-se uma infinidade de normas constitucionais e infraconstitucionais. Ocorre que, de fato, a dignidade da pessoa humana está na essência de todos os direitos materialmente fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não se trata de um direito propriamente dito, mas sim de um "valor constitucional supremo" (NOVELINO, 2012, p. 379) que, com o decurso do tempo, deixou de ter uma função unicamente ético-filosófica, e passou a desempenhar também uma função de cunho jurídico.

O valor da dignidade da pessoa humana se refere a um valor moral e espiritual intrínseco ao sujeito, que oferece o direito do mínimo essencial para a sobrevivência do ser humano no meio social, sendo dever do Estado assegurar tal direito. Além disso, constitui a essência de todo ordenamento jurídico, sendo este um método de valoração que visa orientar a interpretação do sistema constitucional.

O indivíduo possui total liberdade para fazer suas escolhas, sem qualquer tipo de intervenção do Estado, de modo que este não pode infringir a esfera privada do mesmo, nem tampouco força-lo a praticar ou deixar de praticar determinada conduta, sem que haja uma motivação legal autorizando.

E, com isso, podemos afirmar que não é dever do ordenamento jurídico atribuir a alguém dignidade – uma vez que diz respeito a uma "qualidade intrínseca" do indivíduo – mas somente assegurar sua concretização e proteção. Vejamos o posicionamento do autor Marcelo Novelino acerca da presente temática:

[...] na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. O indivíduo deve servir de "limite e fundamento do domínio político da República", pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado (NOVELINO, 2012, p. 380).

Por este ângulo, podemos declarar que a dignidade humana é considerada uma qualidade intrínseca de todo e qualquer indivíduo, e que o Estado deve adaptar-se ao homem. Dessa forma, a criminalização do usuário de drogas configura-se totalmente inapropriada.

Em consonância com o pensamento supracitado, concluímos que o favorecimento dos indivíduos e de sua personalidade é afetado pelo radicalismo da intervenção estatal, ultrapassando os limites impostos e fazendo jus ao direito penal para tentar controlar a intimidade e a liberdade dos usuários de entorpecentes.

É válido ressaltar que o princípio aqui abordado vem sendo utilizado em demasia por magistrados ao embasarem suas sentenças, vislumbrando a absolvição do infrator, alegando a inconstitucionalidade do tipo penal, com base na alegação de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato do uso da substância ilícita não gerar danos a terceiros, mas sim, apenas ao próprio usuário, e mesmo assim o Estado proibir uma prática que só diz respeito ao particular. Nesse seguimento posicionou-se Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

[...] somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas pelo Direito Penal como objeto de sua incidência [...] a importância da lesão do ordenamento jurídico (fundamentalmente a hierarquia do bem jurídico lesado) é codeterminante da gravidade do fato. Portanto, fatos que afetem bens jurídicos de pouco valor ou que importam lesões de pouca significância não poderão ser reprimidos [...] (LOPES, 1999, p. 254/256).

Nesse sentido, conclui-se que o método punitivista utilizado atualmente corresponde a uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus derivados, tendo em vista que ao compreendermos que o consumo de drogas fere a dignidade, o Estado, teria que ter como incumbência a implantação de métodos capazes de assegurar uma vida digna aos usuários, e não penaliza-los de uma forma tão gravosa.

2.4 A Origem do Princípio da Insignificância

Primeiramente, é de suma importância realizar uma breve alusão histórica antes de aprofundarmos na análise do Princípio da Insignificância.

A origem do referido princípio possui diversas versões, tendo, por exemplo, autores como Diomar Ackel Filho, que defendem sua existência desde o Direito Romano, e outros, como Celso Celidonio, que a reconhecem após a Segunda Guerra Mundial na Europa no que diz respeito aos crimes associados ao patrimônio.

De acordo com o ponto de vista dos autores que sustentam a tese de que o Princípio da Insignificância já era presente no Direito Romano, desde aquela época o magistrado da Roma Antiga, não se ocupava com crimes considerados de bagatela. No entanto, inúmeras críticas circundam tal teoria, vez que, o Direito de Roma teve como origem de seu desenvolvimento o Direito Privado.

Em contrapartida, para outros autores o princípio em tela surgiu na Europa, como resultado das guerras enfrentadas, tendo em vista que o excessivo desemprego e a carência de alimentos acarretaram no surgimento de furtos de objetos de pequena monta.

Não obstante, tal teoria também possui críticas. Conforme entendimento de Maurício Antônio Lopes, o crime de bagatela, também chamado de *bagatelledelikte*, nada mais é do que um princípio norteador do Direito Penal, devendo incidir sobre as normas penais. Assim preceitua o referido 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” (LOPES, 1997, p. 40).

Seguindo a linha de pensamento do autor supramencionado, o Princípio da Insignificância tem início na evolução da premissa da legalidade, criada durante o período de iluminismo. Logo, é possível depreender que o Princípio da Insignificância não pode se desvincular do Princípio da Legalidade.

Independentemente de possuímos inúmeras vertentes acerca de sua real origem, o Princípio da Insignificância ganhou notoriedade em meados de 1994, através do trabalho publicado por Claus Roxin, onde o mesmo admitiu a aplicação do referido princípio como causa de excludente de tipicidade na esfera penal, sustentando a tese de que quando restar descaracterizada a lesão a um terceiro será utilizado tal princípio a fim de afastar a intervenção do Direito Penal.

À vista disso, depreende-se que o princípio abordado no presente estudo vem ganhando forte notoriedade no âmbito jurídico, devendo este recair sobre condutas que não apresentem um reflexo significativo no Direito Penal.

2.5 O Princípio da Insignificância no Direito Penal

Contemplando a natureza do Princípio da Intervenção Mínima, ora analisado, compete ao legislador selecionar condutas socialmente inadequadas para reprimi-las por intermédio das normas de Direito Penal, fazendo com que as mesmas se tornem fatos típicos.

O fato típico consiste na prática de uma conduta produtora de um resultado material ou jurídico que corresponde com a descrição típica prevista na lei penal, ocasionando o fenômeno da adequação típica, que em resumo trata-se da correlação da conduta humana ao fato reproduzido no tipo penal.

No intuito de esmiuçar a tipicidade, cumpre destacar seu papel de destaque para o prosseguimento do presente estudo. Inicialmente, a tipicidade consiste em um elemento basilar do conceito tripartido de crime, junto da ilicitude e culpabilidade, sendo que apenas a conduta típica poderá ser caracterizada como fato delituoso, muito embora seja antijurídico e culpável.

Por conseguinte, para que uma conduta seja considerada típica, deve haver subsunção de uma norma penal, derivando do Princípio Constitucional da

Legalidade, que prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (Art. 5º, XXXIX da Constituição Federal).¹

Acerca do conceito de tipicidade, Capez (2017, p. 206) se posiciona da seguinte forma: “O conceito de tipo, portanto, é o de modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade”.

No que se refere ao aspecto formal da tipicidade, podemos sustentar que diz respeito unicamente à equivalência de uma conduta a um tipo legal de crime, previsto em uma lei penal. Nesse sentido, muito bem conceitua Rogério Greco (2012, p. 156): “A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico”.

Todavia, o juízo de subsunção formal tornou-se insuficiente perante o caráter subsidiário do Direito Penal, fazendo com que fosse descoberta uma concepção material do conceito de tipicidade.

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo (MAÑAS, 1994, p. 53).

Nesta linha, podemos classificar fato materialmente típico como aquele que acarreta uma lesão ou perigo a um bem jurídico resguardado pelo Direito Penal. Com fulcro na teoria supracitada, para que a conduta praticada por um agente seja caracterizada como crime, não basta que ela se encaixe formalmente ao tipo legal, deverá também ser materialmente ofensiva ao bem jurídico.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

A concepção material de tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objetos de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (MAÑAS, 1994, p. 54).

Isto posto, em síntese, podemos concluir a respeito da tipicidade que esta se diferencia em Tipicidade formal e Tipicidade material. Sendo a Tipicidade formal a correspondência da conduta humana à conduta descrita no tipo penal, e em contrapartida, a Tipicidade material consiste no relevante ataque aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Dessa forma, podemos afirmar que não é suficiente a existência de um modelo abstrato de conduta prevista em um tipo penal, mas sim que o bem jurídico amparado pelo tipo penal sofra relevantemente uma lesão em virtude da conduta do agente.

É com base na Tipicidade material que visualizamos o Princípio da Insignificância, onde condutas que venham a lesionar de forma insignificante os bens jurídicos protegidos pelas normas de Direito Penal serão consideradas atípicas devido a ausência de tipicidade material, e em razão de não preencher um dos elementos que caracterizam o delito, a referida conduta não poderá ser penalizada.

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade (MAÑAS, 1994, p. 53/54).

É válido ressaltar que o princípio em tela não está presente de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando respaldo na doutrina e jurisprudência.

De acordo com o entendimento do ilustre autor Diomar Ackel, o Princípio da Insignificância consiste na inexpressividade de uma conduta, tornando-a ínfima e isenta de qualquer reprovabilidade, não devendo o Direito Penal dar notoriedade aos crimes de bagatela. Assim leciona 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 (ACKEL, 1998, p. 73).

Nesse contexto, muito embora a conduta praticada pelo indivíduo seja tipificada pelo Direito Penal, a este não compete tratar de ações que acarretem riscos desprezíveis ao bem jurídico protegido pela norma. Nas palavras de 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 (BITENCOURT, 2012, p. 58).

Deste modo, podemos descrever o referido princípio como ações que em um primeiro momento são tidas como típicas perante o ordenamento jurídico, todavia, pelo fato destas condutas não possuírem o condão de depreciar o bem jurídico protegido levando em consideração que o resultado provocado restou insignificante, não há que se falar em incidência na esfera penal. Melhor dizendo, o fato é considerado atípico não se aplicando a norma penal sob o fato, uma vez que o Direito Penal deve-se ocupar exclusivamente de condutas penalmente típicas gravemente antijurídicas (GOMES, 2013).

Não obstante, cumpre destacar o valor do Princípio da Insignificância para o ordenamento jurídico, vez que pode ser definido como um mecanismo de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, através do qual é possível alcançar a descriminalização de condutas que embora estejam formalmente tipificadas, não são capazes de depreciar os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal de maneira significativa.

Nesse seguimento é possível descrever o Princípio da Insignificância como um dispositivo jurídico que faz uma análise material do tipo penal, isto é, proporciona aos profissionais do Direito a aptidão para avaliar a conduta praticada pelo agente, e muito embora esta seja considerada típica pelas normas penais, caso tenha

causado apenas um prejuízo insignificante ao bem jurídico tutelado será tida como atípica.

Por fim, é válido salientar que no momento da aplicação do referido princípio deve-se atentar tanto a relevância do bem jurídico ofendido, quanto à extensão do prejuízo causado ao mesmo. O Princípio da Insignificância se associa a ausência de seriedade no ataque oriundo da conduta do agente, não ensejando uma intervenção punitiva por parte do Estado, tendo em vista que tal intervenção se configuraria desproporcional à gravidade da lesão.

3 O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O JUÍZO DE PERICULOSIDADE

É sabido que o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei 11.343/06 é a saúde pública, todavia cumpre esclarecer que o uso de drogas não é capaz de lesionar bem jurídico alheio, em razão de tal conduta acarretar unicamente uma autolesão ao agente.

Objetivando proteger a saúde pública, o Estado, de maneira desproporcional intervém na prática de uma conduta que só alcança a esfera privada do próprio usuário, sem fazer qualquer comprovação de que a referida conduta possui capacidade de gerar danos ao bem jurídico preservado.

Isto posto, questiona-se, até que ponto o uso de substâncias entorpecentes pode gerar riscos à saúde pública? E, porque não consolidar a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal?

3.1 Análise do crime de porte de drogas para consumo pessoal, em especial a maconha, e a sua distinção com o tráfico de drogas

Primordialmente, vale ressaltar que a Lei 11.343/06 originou-se com o intuito de preencher as lacunas existentes nas antigas leis de tóxicos.

De acordo com o art. 28 da Lei 11.343/06, incorre nas hipóteses de consumo pessoal o agente que: “[...] adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”.

Em contrapartida, o art. 16 da Lei 6.368/76, previa apenas três hipóteses de conduta, assim vejamos:

[...] 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 [...].

O legislador ao substituir o art. 16 da Lei 6.368/76 pelo art. 28 da Lei 11.343/06 teve como objetivo proporcionar uma maior segurança ao magistrado no momento de interpretar a norma, haja vista que foram estabelecidas premissas para diferenciar o usuário do traficante.

A conduta de adquirir, hipótese de consumação instantânea, engloba qualquer forma de obtenção de drogas, ou seja, a aquisição de drogas por qualquer meio, seja pela compra propriamente dita, troca ou doação. A conduta de guardar refere-se a manutenção e preservação do entorpecente. Ter em depósito consiste em uma ideia mais abrangente, uma vez que a droga é armazenada em um local específico. A conduta de transportar significa carregar a droga de um lugar para outro, independentemente do meio de transporte utilizado para realizar tal ato. E para finalizar, a conduta de trazer consigo significa carregar junto ao seu próprio corpo, seja em suas vestes, em algum objeto carregado pelo sujeito ou em seu interior.

Vale ressaltar que as condutas descritas no art. 28 são puramente voltadas para o consumo pessoal de drogas tidas como ilícitas. Outrossim, pressupõe-se que o agente tenha conhecimento de que porta uma substância ilícita, pois, caso contrário, o mesmo estaria frente a um erro de tipo, previsto pelo art. 20, caput, do Código Penal.

Nesse sentido, posiciona-se 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 (GOMES, 2007, p. 149).

Por esse ângulo, para que o agente seja enquadrado no art. 28 da Lei 11.343/06 é necessário que o mesmo tenha o intento de consumir a substância ilícita.

A Lei 11.343/06 implementou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, evidenciando em seu art. 1º que a finalidade era dar ao usuário

um tratamento jurídico distinto do traficante, justificando que a cominação de pena privativa de liberdade em nada colaborava para o controle do uso indevido de drogas, passando a analisar o referido assunto como um problema de saúde pública (LIMA, 2016).

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, a Lei 11.343/06 optou por fazer uso da expressão drogas, denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde, definida pela própria Lei em seu art. 1º, parágrafo único, como as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (LIMA, 2016, p. 695).

O legislador adaptou o texto normativo à tendência mundial, reconhecendo a palavra “droga” como uma substância nociva ao ser humano, e, portanto, proibida, conforme dispõe a Portaria nº 344, de 12 de Maio de 1998 do Ministério da Saúde.

A legislação supramencionada trouxe inúmeras novidades, como por exemplo, o tratamento diferenciado para com os usuários e o aumento de pena para traficantes e financiadores do tráfico de drogas.

É incontestável o posicionamento prevencionista da Lei 11.343/06 com relação ao consumo de drogas, antes de sua formação, o usuário e o traficante possuíam o mesmo tratamento jurídico.

Essa distinção na forma de tratamento simboliza um grande avanço ao reconhecer o usuário de drogas como um indivíduo que precisa de cuidados, de proteção, e não mais como um mero marginal.

De acordo com a nova Lei de Drogas, as “penas” aplicadas consistem em: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Diversamente da Lei 6.368/76, que previa as seguintes penas: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

As penas previstas no art. 28, caput, da Lei 11.343/06 devem ser aplicadas em consonância com o devido processo legal, observando o princípio da

individualização das penas, conforme art. 5º, LIV da Constituição Federal. Contudo, vale ressaltar que tais medidas poderão ser cominadas de forma isolada ou cumulada.

A pena de advertência é uma inovação do ordenamento jurídico, ela é realizada pelo juiz para com o agente, e consiste na explicação sobre os danos que o uso de drogas pode acarretar tanto à sua saúde de forma individual quanto à saúde pública. A pena de prestação de serviços à comunidade almeja conscientizar o usuário de uma forma mais realista, fazendo com que o mesmo visualize os efeitos e consequências que a droga pode causar, e, segundo o § 5º do art. 28 da Lei 11.343/06 esta deve ser cumprida em entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos. Por fim, medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo, que consistem em um ato do juiz de ordenar o comparecimento do usuário a um programa onde profissionais de diversas áreas estarão aptos a orientá-lo da melhor maneira sobre os efeitos nocivos das drogas.

Noutro giro, há que se ressaltar a existência de uma linha tênue entre a distinção do consumo pessoal e o tráfico de drogas, e por tal motivo a nova Lei de Drogas estabeleceu parâmetros para distinguir essas duas condutas, assim vejamos 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.

No delito de porte de drogas é evidente que a pequena quantidade da substância configura a própria essência do tipo penal, todavia, este não é o único critério utilizado pelo magistrado, haja vista, ser algo habitual, traficantes transitarem com pequena quantidade de droga.

Outros parâmetros colocados à disposição dos magistrados dizem respeito ao local da apreensão, a maneira com que a substância ilícita encontrava-se conservada e as demais condições em que a ação fora desenvolvida, tendo como

exemplo, o indivíduo que é encontrado portando uma quantidade significativa de droga e determinada quantia em dinheiro.

No que tange à análise dos antecedentes criminais do agente, é válido destacar o posicionamento de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

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 (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 56).

Logo, o critério de antecedentes do agente pode ser amplamente utilizado pelos magistrados, desde que este seja analisado em conjunto com os outros critérios apresentados pelo § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06.

Por fim, insta salientar que a Lei 11.343/06 de um lado atenuou a punição atribuída aos usuários de drogas, e, por outro aumentou com relação aos traficantes. A Lei 11.343/06 em seu art. 33 substituiu a pena mínima de três anos de reclusão para cinco, e manteve a pena máxima de quinze anos. Ademais, a pena de multa que era de trinta a trezentos e sessenta dias-multa, fora agravada para quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. E, por último, temos a figura do financiador do tráfico, que consiste no sujeito que financia ou custeia atividades associadas ao tráfico de drogas, sendo este apenado com reclusão de oito a vinte anos, e, pagamento de pena de multa no valor de mil e quinhentos a quatro mil dias-multa.

Dessa forma, podemos concluir que o art. 28 da nova Lei de Drogas mostrou-se indubitavelmente mais benéfico ao usuário do que o antigo art. 16 da Lei 6.368/76 (GOMES, 2007). Todavia, é de suma importância destacar que muito embora o artigo supracitado tenha instituído meios de sanção mais brandos ao usuário, de forma inédita aparecendo no preceito secundário do tipo penal incriminador, não há que se falar na ocorrência de uma descriminalização do tipo penal, mas sim em uma despenalização moderada, excluindo do tipo penal tão somente as penas privativas de liberdade.

3.2 A classificação do crime de porte de drogas para consumo pessoal como crime de perigo abstrato

Inicialmente, faz-se necessário diferenciarmos os crimes de perigo dos crimes de dano. Crimes de dano são aqueles em que a efetiva lesão ao bem jurídico protegido é requisito essencial para que ocorra a consumação. Em contrapartida, crimes de perigo abstrato são aqueles em que há uma possibilidade de dano, todavia não é necessária a ocorrência do referido dano para que haja a consumação do delito.

Nesse sentido, vejamos a conceituação de crimes de perigo abstrato conforme o entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

Crimes de perigo abstrato: Nesse caso, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico. Na verdade, baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há, pois, uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária, portanto, a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar (LIMA, 2016, p. 702).

De acordo com o posicionamento predominante da doutrina e jurisprudência, os crimes de perigo abstrato têm como objetivo proteger os bens jurídicos difusos, como a saúde pública. No entanto, resta dúvida se o bem jurídico tutelado pela presente norma é de fato a saúde pública ou a saúde do próprio usuário.

Ressalta-se que nos crimes contra a saúde pública, o que se pretende proteger é o interesse da coletividade, posto que quando se trata de infrações de perigo comum, o número de pessoas que podem ser expostas a um eventual dano é indeterminado.

Entretanto, a conduta de um indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo substância de caráter entorpecente, para consumo próprio, não deve ser comparada com aquela que ataca de fato a saúde pública, visto que não há propagação do perigo, considerando que as condutas de possuir

algo para seu próprio consumo e disseminar para outras pessoas são totalmente distintas.

O uso configura apenas autolesão, sendo sua criminalização totalmente incoerente e incompatível com a perspectiva metodológica utilizada nos estatutos criminais nacionais. Assim, se a posse, guarda ou aquisição de qualquer tipo ou quantidade de substância não configuram fatos típicos, porque ferem a lógica do Direito Penal moderno e a principiologia constitucional, é insustentável o posicionamento assumido pela jurisprudência, respaldado amplamente pela doutrina, que vê na posse de pequena quantidade de estupefacientes delito a ser punido, tendo em vista a potencialidade de lesão à saúde pública (CARVALHO, 1997, p. 91).

Noutro giro, insta salientar que o uso de drogas em nada prejudica a saúde pública, o que podemos constatar seria unicamente a ocorrência de uma autolesão, conduta esta que não está ao alcance do Direito Penal pelo fato de se limitar ao campo privado.

Com base na definição de autolesão trazida por Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o referido termo significa “a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor”. Logo, é possível compreender que a autolesão se limita a uma conduta privada, assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, garantindo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (LOPES, 2000, p. 533).

À vista disso, pelo fato do delito abordado se tratar de algo que não ultrapassa os seus danos a ninguém mais do que o próprio autor, o acusado por posse de drogas deveria ser absolvido com fulcro no art. 386, inciso III do CPP. Enquanto meramente existir uma destinação de caráter pessoal, a conduta praticada pelo indivíduo será de cunho privado, não podendo esta ser tratada como um crime, pois se presume apenas uma autolesão. Criminalizar tal conduta significa ferir a liberdade individual, a intimidade e a vida privada.

Nessa lógica, o poder de intervenção estatal está limitado a não interferir nas escolhas feitas pelo sujeito quando as mesmas não forem destinadas a terceiros. Desse modo, o indivíduo não deve ser tratado de forma desigual pelo fato de fazer uso de substância entorpecente.

Entendemos, ainda, que o artigo 28 da Lei 11.343/06, bem como a Lei 11.343/06 em sua integralidade, implica violação ao princípio da igualdade, uma vez que estabelece distinção de tratamento penal a drogas ilícitas e não-penal a drogas lícitas, com efeitos psicotrópicos mais lesivos que muitas drogas ilícitas, a exemplo do tabaco e das bebidas alcóolicas. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Filiamo-nos ao entendimento de que o Direito Penal, em razão de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como o único meio de controle social, deve ser restrito a hipóteses excepcionais de desvio (LEITÃO, 2008, p. 20).

Assim sendo, compreende-se que a liberdade do agente não pode ser restringida, quando os seus atos não possuírem o condão de ferir bem jurídico de terceiros, não podendo o mesmo ser penalizado ou tratado de forma desigual em decorrência deste motivo, conforme leciona o princípio da alteridade.

O uso do Direito Penal para inibir o uso de drogas somente seria legítimo – do ponto de vista do sistema constitucional pátrio – se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da dignidade humana (BOTTINI, 2015, p. 16).

Muito embora o Estado justifique a penalização do usuário de drogas com base no risco à saúde pública, John Stuart Mill cita: “cada um é guardião de sua própria saúde, quer do corpo, mente e espírito.” (2006, p. 28). Logo, todo cidadão é livre para exprimir o seu modo de viver, desde que isto não atinja a liberdade de terceiros.

É de suma importância ressaltar que o grande problema a ser solucionado com a eventual flexibilização do porte de drogas para consumo pessoal é a correção do tráfico. É extremamente necessário que ocorra a repreensão do mercado ilegal das drogas, para que o risco não saia do âmbito privado e atinja terceiros. Dessa maneira, podemos afirmar brevemente que a liberação do porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal teria a função de repressão ao tráfico de drogas, uma vez que não existindo mercado consumidor para tais substâncias, não persistirá o mercado clandestino. E de acordo com essa vertente de pensamento posicionou-se Natália Droichi Almeida, vejamos:

O governo deve encontrar uma forma de controlar o uso da maconha e não apenas proibi-la, pois, assim fazendo, não impede que as pessoas se arrisquem indo em busca da droga nas mãos dos traficantes. O problema maior a ser discutido é o tráfico de drogas e não o que cada particular pode fazer contra si próprio (ALMEIDA, 2008, s.p.).

Nota-se que a conduta de usar ou possuir drogas para consumo próprio não adentra na esfera criminal, mas sim em políticas públicas, devendo o Estado, apenas exercer a função de conscientizar os cidadãos, desde o mais rico até o mais pobre, sem qualquer tipo de distinção. Deve-se fazer jus ao Direito Penal apenas em situações de grande relevância, onde a conduta praticada pelo sujeito cause de fato danos ao meio social e seus respectivos bens jurídicos tutelados.

O Direito constitui um conjunto de normas disciplinadoras de relações sociais, sendo, portanto, de sua essência a intervenção tão somente em condutas que, saindo da esfera individual, tenham potencialidade para atingir terceiros. Das condutas privadas, ou seja, aquelas que não afetam bens ou interesses de terceiros, não se pode dizer que sejam permitidas ou proibidas juridicamente, não cabendo dar a elas qualificação jurídica, na medida em que, por sua própria definição, o Direito não deve alcançá-las.

[...]

É neste sentido que estabelecer normas proibitivas para proteção de determinados bens jurídicos, o Direito Penal tem que, necessariamente, ter em conta a repercussão na esfera de terceiros das condutas que irá criminalizar, não podendo, em qualquer hipótese, esquecer da necessária diferença entre Direito e Moral, entre crime e pecado (KARAM, 1993, p. 121/122).

3.3 O art. 28 da Lei 11.343/06 e os Princípios da Lesividade e Insignificância

De acordo com o que fora previamente dito, sabe-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública. Entretanto, se o art. 28 da Lei 11.343/06 aborda as condutas do usuário que atingem a sua própria saúde, em que momento tais sujeitos violam o referido bem jurídico?

Ao abordar o Princípio da Lesividade não poderíamos deixar de ressaltar o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, haja vista serem considerados por Greco (2006, p. 57) duas faces da mesma moeda.

A finalidade do Princípio da Lesividade é impedir a atuação do Estado Punitivo quando um bem jurídico relevante, de um terceiro, não está sendo efetivamente lesado. À luz do mencionado princípio, a conduta que não exceder a própria esfera do sujeito deverá ser respeitada pelo meio social, bem como, pelo Estado. Nesse seguimento, Ferrajoli afirma que “o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros.”.

De acordo com Batista (2007, p. 92-94), o Princípio da Lesividade possui quatro principais funções, e são elas: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, e, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

A primeira função deste princípio traduz-se no fato de que ninguém poderá ser responsabilizado por ideias, desejos, sentimentos pessoais, nem mesmo quando estes estimularem a prática de um crime. Para que ocorra a punibilidade do agente é imprescindível que sua atitude interna acarrete uma conduta externa que tenha a capacidade de produzir lesão a bem jurídico de terceiro.

O Direito Penal também possui sua aplicação restringida no que tange a condutas que não são causam danos a bens jurídicos de terceiros, visto que, tais condutas não ultrapassam o âmbito do próprio autor, como por exemplo nos casos de autolesão.

A conduta praticada pelo usuário de drogas está amplamente respaldada pelo Princípio da Lesividade, uma vez que se o indivíduo em perfeito exercício de suas faculdades mentais opta por fazer uso de drogas, sem acarretar qualquer tipo dano a bens jurídicos de outrem, não há que se falar em criminalização da conduta. E é com base nessa vertente que se posiciona Cezar Roberto Bitencourt, vejamos:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito

Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal (BITENCOURT, 2008, p. 22).

Atualmente, no Brasil, o usuário de drogas tem sua capacidade de agir cerceada em virtude das penas previstas pelo art. 28 da Lei 11.343/06, que, muito embora não determinem penas privativas de liberdade, há a cominação de outros tipos de pena que deverão ser aplicadas na hipótese do sujeito praticar alguma das condutas descritas no tipo penal, desconsiderando os preceitos da lesividade.

O Princípio da Lesividade enaltece o exercício da máxima liberdade por parte do indivíduo, sob a condição de não comprometer a liberdade alheia. Ou seja, trata-se de tolerância com relação aos atos privados do indivíduo, desde que esses atos não prejudiquem a sociedade. Assim afirma Salo de Carvalho:

Nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforcem concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade (CARVALHO, 2007, p. 256).

Além disso, baseando no que fora previamente dito ao longo do estudo, sabemos que as infrações tipificadas pelo art. 28 da Lei 11.343/06 são de mera conduta, isto é, a conduta do agente, por si só, caracteriza o delito, não sendo necessária a ocorrência de um resultado danoso no mundo exterior, o que é totalmente inconcebível. Nesse sentido, por fim, cumpre destacar o entendimento de Lênio Luiz Streck:

Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas *in abstracto*, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2001, p. 54).

No que se refere ao Princípio da Insignificância, podemos afirmar que sua aplicabilidade tem por objetivo auxiliar o intérprete no momento da análise do tipo penal, eliminando do plano de incidência da norma certos acontecimentos considerados de bagatela.

Quando nos referirmos ao crime de posse de drogas para consumo pessoal estamos diante de uma infração *sui generis*, tendo em vista que a prática de tal conduta não está mais sujeita à cominação de pena de prisão com o advento da Lei 11.343/06. Contudo, quando se trata da posse de pequena quantidade de entorpecente, o ideal seria fazermos jus ao princípio supramencionado, ocasionando assim a exclusão da tipicidade.

Com base no posicionamento de Luiz Flávio Gomes (2006), existem duas modalidades de infração bagatelar própria: “A primeira reside na insignificância da conduta (desaparece nesse caso o juízo de desaprovação da conduta); a segunda na do resultado (não há que se falar em resultado jurídico desvalioso)”.

A posse de drogas para consumo pessoal é caracterizada como um delito de posse, e para fins de consumação delitiva é de suma importância a certificação da periculosidade do próprio objeto material da conduta. Ou seja, se a droga apreendida não possuir capacidade ofensiva, devido a sua pequena quantidade, não há que se falar em infração. Posto que, não há conduta penalmente ou punitivamente relevante (GOMES, 2006).

O resultado que se busca com a devida aplicação do Princípio da Insignificância é justamente a exclusão da responsabilidade penal de fatos considerados como de pouca relevância ou de baixa lesividade, logo, fatos materialmente atípicos.

A inaplicabilidade do aludido princípio no crime previsto pelo art. 28 da Lei 11.343/06 tem como consequência a punição de condutas que não deveriam receber tamanha importância por parte do Direito Penal, em razão de seu caráter irrelevante ao meio social.

[...] imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde,

condutas que se almodam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (BITENCOURT, 2014, p. 60).

Dessa maneira, almejando eliminar a responsabilidade penal imposta ao sujeito que porta drogas para seu consumo próprio, é válido ressaltar que a quantidade de droga não consiste em um único critério de aferição, haja vista que certa quantidade apreendida da substância não permite uma conclusão objetiva. Por fim, resta configurada a necessidade de se valorar não apenas o critério de quantidade, mas sim, todos os fixados em lei.

4 O ART. 28 DA LEI 11.343/06 E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA VISÃO JURISPRUDENCIAL

No presente capítulo serão analisados os parâmetros utilizados pelas Cortes Superiores para a aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes de porte de drogas para consumo pessoal. Vale ressaltar que desde a Lei 6.368/76, antiga Lei de Drogas, muito se discute, em sede doutrinária, bem como, jurisprudencial, tal aplicação. Porém, com o advento da Lei 11.343/06, a temática vem ganhando uma maior notoriedade.

Nessa linha, tendo em vista o fato da matéria ainda ser alvo de uma vasta discussão e relevância, será explicitado tanto o entendimento favorável, quanto o contrário à aplicação do Princípio da Insignificância.

4.1 Entendimentos contrários à aplicação do Princípio da Insignificância

A incumbência de tornar a interpretação da Lei Federal uniforme em todo o território brasileiro fora designada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), devendo este observar sempre os princípios constitucionais e a defesa e garantia do Estado de Direito.

Insta salientar que ainda é preponderante o posicionamento contrário dos Ministros que integram a Corte em comento no que tange a aplicabilidade do Princípio da Insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. Seus argumentos variam entre a presunção de perigo ao bem jurídico protegido, bem como a vulnerabilidade da saúde pública frente à propagação do vício e a conseqüente indução à prática de demais delitos. No intuito de esclarecer a presente informação segue o RHC 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. (grifo nosso).

Não era admitida desde a antiga Lei de Drogas a aplicação do Princípio da Insignificância para condutas como o tráfico ou o uso de drogas, muito embora a quantidade apreendida fosse ínfima. No entanto, com a vinda da nova Lei de Drogas, surgiram uma infinidade de posicionamentos jurisprudências e doutrinários acerca da temática em tela. No RHC 35.920 – DF, o STJ acolheu a vertente defendida por Guilherme Nucci, que leciona que o art. 28 da Lei 11.343/06 não possibilita a aplicação do princípio em questão pelo fato de se caracterizar como uma infração de mínimo potencial ofensivo, tendo como consequência a imputação de penas brandas (NUCCI, 2009).

Nessa acepção, o Ministro Relator Rogério Schietti posicionou-se no julgado supramencionado defendendo o propósito do legislador de fixar medidas de cunho educativo, a fim de que, dessa maneira, o agente fosse advertido sobre o risco gerado à sua saúde e evitasse a reiteração da prática da conduta delituosa. Além disso, vale ressaltar que o art. 28 da Lei 11.343/06 reconhece a tipicidade da conduta ainda que a quantidade de droga apreendida seja ínfima.

No que se refere ao fundamento alusivo à saúde pública, o referido Ministro seguiu a linha de pensamento de que a potencialidade lesiva da conduta do agente não atinge tão somente a saúde individual, mas também, a saúde da coletividade. Com suporte nos ensinamentos do autor Luiz Flávio Gomes, a saúde pública consiste no bem jurídico tutelado “imediato” que a lei em discussão pretende proteger (GOMES, 2007).

Acrescenta-se, ainda, que o crime de porte de drogas para consumo pessoal, após comprovado no caso concreto que de fato colocou em perigo o bem jurídico protegido, é de perigo abstrato, isto é, a conduta independe de um resultado efetivo, basta constatar a idoneidade ofensiva da conduta (GOMES, 2007). Nesse seguimento, posicionou-se de forma semelhante o Relator Ministro Og Fernandes:

[...] 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 à saúde pública, sendo indiferente a pequena quantidade de droga apreendida, pois esta é circunstância da própria essência do delito (FERNANDES, 2013).

Cumprido destacar que a maioria dos Ministros que integram o STJ compartilham da mesma visão, compreendendo que a ínfima quantidade de drogas fazem parte da essência da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, do contrário estaríamos diante do crime de tráfico de drogas, este, previsto no art. 33 da Lei supramencionada.

Portanto, de acordo com o posicionamento do STJ, podemos concluir que os fundamentos contrários à aplicabilidade do Princípio da Insignificância independem da quantidade apreendida com o agente, não sendo cabível a aplicação do referido princípio, em razão de se caracterizar como um crime de perigo abstrato, sendo a ínfima quantidade a própria essência do crime. Ademais, é atribuição do Estado assegurar a saúde pública, já que a prática de tal conduta afeta toda a coletividade.

Com fulcro no art. 102 da Constituição Federal, incumbe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Carta Magna, sendo o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, tal como o Superior Tribunal de Justiça, possui o entendimento majoritário pela inaplicabilidade do Princípio da Insignificância em se tratando de substâncias entorpecentes. Nesse sentido, constata-se o HC 102.940/ES:

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. (grifo nosso)

Como podemos perceber os critérios utilizados para inibir a aplicabilidade do Princípio da Insignificância muito se aproximam dos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, onde a grande parte dos precedentes leva em consideração o fato do crime ser classificado como de perigo abstrato, ainda que ínfima a quantidade de entorpecente apreendida com o agente, bastando somente portar tal substância para caracterizar o crime. Nota-se que os referidos Tribunais se posicionam dessa maneira em prol da saúde pública, da saúde individual, e da própria ressocialização do agente por intermédio das medidas educativas.

4.2 Entendimentos favoráveis à aplicação do Princípio da Insignificância

Os argumentos favoráveis à aplicação do Princípio da Insignificância consistem em salientar que não obstante seja considerado um crime de perigo abstrato, a conduta deve demonstrar ser hábil a atingir o bem jurídico ora protegido, no caso, a saúde pública e a do próprio usuário.

Todavia é possível observarmos grande resistência quanto à aplicação do referido princípio na hipótese prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. Tal inflexibilidade se justifica visando a proteção da saúde pública, porém, temos como resultado a

sobreposição dos direitos da coletividade para com os direitos do indivíduo, ou seja, gera um conflito entre o direito público e o privado. Logo, é de suma importância analisar a real capacidade de ofensa ao bem jurídico protegido, haja vista que a pequena quantidade de droga, muitas das vezes, converte a ação em atípica (CARVALHO, 2013).

Por esse ângulo, o autor Luiz Flávio Gomes reconhece que se a droga apreendida não tiver a capacidade de lesionar o bem jurídico protegido, levando em consideração sua quantidade irrisória, a conduta não será penalmente punida independentemente de ser considerada um “delitos de posesión”. E como resultado natural da aplicação do postulado teremos a exclusão da tipicidade em razão da insignificância da conduta ou do resultado ínfimo da prática da mesma (GOMES, 2007). 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 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 (GOMES, 2007, p. 156).

Na mesma linha de pensamento, o autor Salo de Carvalho diz que se o bem jurídico protegido pela Lei Penal é a rigorosa proteção à saúde pública, as condutas que geram danos insignificantes estariam afastadas por serem atípicas, ou seja, em um caso concreto a conduta praticada pelo agente deve acarretar uma lesão efetiva ao bem jurídico. Logo, se a conduta possui um “baixo grau de lesividade”, a conduta será considerada atípica (CARVALHO, 2013).

De acordo com o exposto, embora exista no ordenamento jurídico decisões paradigmáticas que defendam o entendimento de que a quantidade irrisória de drogas não é capaz de atacar o bem jurídico, a maior parte das decisões do STJ segue o entendimento de que a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, é de perigo abstrato, pelo fato da pequena quantidade de drogas compor o próprio tipo penal atacando, especialmente, a saúde da coletividade. Entretanto, tal

entendimento não se mostra ser o mais adequado, tendo em vista que, a depender do caso concreto, devem ser analisados os princípios constitucionais fundamentais da proporcionalidade e razoabilidade, pois quando ignorados estaríamos frente a uma resposta exacerbada do Direito Penal.

Insta salientar que o STF, estabeleceu algumas premissas para que seja admissível 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.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus de nº 110.475, reconheceu a aplicabilidade do Princípio da Insignificância na conduta de porte ilegal de pequena quantidade de entorpecente. 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 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. (grifo nosso).

No habeas corpus supracitado, o Ministro Relator evidenciou que a conduta do agente, não apresenta risco para o bem jurídico tutelado, vez que a quantidade ínfima da droga é absolutamente incapaz de produzir um resultado que atinja a saúde pública ou a do próprio agente. À vista disso, uma decisão não deve se basear unicamente no fato da conduta ser caracterizada como de perigo abstrato, e ignorar a sua real lesividade, pois, dessa forma, estaria o Direito desprezando

princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Nesse sentido, 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 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 (ZAFFARINI; BATISTA, 2003, p. 228).

O Ministro Dias Toffoli também afirma que a interpretação do art. 28 da Lei 11.343/06 deve ser feita à luz dos princípios fundamentais, pois desse modo é possível proporcionar uma maior proteção a direitos e valores quando estes são ofendidos, tendo em vista serem imprescindíveis à ordem social.

O Ministro Luiz Fux e a Ministra Cármen Lúcia aderiram ao mesmo posicionamento do Ministro Relator, reconhecendo a aplicação do postulado da insignificância. De acordo com as palavras do Ministro Luiz Fux: “[...] 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”.

Portanto, de acordo com os fundamentos apresentados pela Suprema Corte, a aplicação do princípio da insignificância se respalda nos argumentos favoráveis de que a pequena quantidade da droga não afeta o bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja, saúde pública, e desse modo poderia ocasionar uma resposta desproporcional do Direito Penal perante o caso concreto.

5 CONCLUSÃO

Como exposto, o tema abordado na presente monografia analisa a viabilidade de aplicação do Princípio da Insignificância nos crimes de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

O posicionamento doutrinário, bem como, jurisprudencial ainda é muito divergente no que tange à aplicação do axioma supramencionado ao art. 28 da Lei 11.343/06. Os autores que apresentam um posicionamento contrário alegam que a aplicação deste postulado vai contra a essência do artigo em pauta. Dessa maneira, ocasionaria uma neutralização do art. 28 da referida lei, haja vista que o porte de pequena quantidade de drogas caracteriza o próprio tipo penal. Em contrapartida, para os autores que defendem a aplicabilidade do Princípio da Insignificância, é de suma importância observar a real capacidade da conduta prejudicar a saúde pública, pois se não existir tal capacidade, a quantidade ínfima tornará a ação em atípica.

Outrossim, muito embora existam decisões paradigmáticas que sustentam o entendimento de que a pequena quantidade de entorpecentes não possui o condão de lesionar o bem jurídico tutelado, a maioria das decisões proferidas pelo STJ segue o entendimento de que a conduta prevista pelo art. 28 da Lei 11.343/06, é de perigo presumido, logo, uma vez que a quantidade ínfima de drogas consiste na essência do tipo penal, esta atinge, principalmente, a saúde de todos que compõem o meio social. Todavia, esta linha de pensamento não demonstra ser a mais coerente, tendo em vista que, a depender do caso concreto, temos que observar os princípios constitucionais fundamentais, como por exemplo, razoabilidade e proporcionalidade, pois quando desprezados, acarretam uma resposta exacerbada do Direito Penal.

De qualquer forma, é nítida a resistência para a aplicação do Princípio da Insignificância pelos Tribunais Superiores, onde a maioria de seus precedentes tem por fundamento o perigo abstrato da conduta, isto é, ainda que ínfima a quantidade apreendida, basta que o sujeito esteja portando a substância ilícita para que o delito seja consumado. Ressalta-se que os Tribunais pátrios se posicionam dessa maneira em razão da saúde pública e da capacidade que a droga possui de gerar dependência, seja ela química ou física, ao seu usuário. À vista disso, almejando a

ressocialização do usuário, os Tribunais Superiores do Brasil, optam pela cominação de medidas educativas, independentemente da quantidade de droga apreendida.

Entretanto, o entendimento dos Tribunais pátrios acerca do bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei 11.343/06 encontra-se de certa forma, equivocado, vez que é notório que a saúde pública não é o foco principal, mas sim a saúde privada. E, neste sentido, é válido destacar o entendimento de Salo de Carvalho, onde, nos casos em que a ínfima quantidade de droga apreendida é incapaz de lesar a saúde privada do agente e muito menos a saúde pública, percebe-se que o interesse individual prepondera sobre o interesse público.

Noutras palavras, o art. 28 da Lei 11.343/06 não se atenta a saúde pública, mas sim a integridade física do sujeito. É contraditório afirmar que a posse de drogas para consumo pessoal possui ligação com a saúde pública. Em tais situações devemos priorizar o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, estes, amplamente assegurados pela Constituição Federal Brasileira.

Neste seguimento, adotamos o posicionamento favorável à aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal. O crime tipificado pelo art. 28 da Lei 11.343/06 é de fato um crime de posse, e, por isso, se o agente estiver portando uma pequena quantidade de drogas, não apresentando qualquer tipo de perigo ao bem jurídico ora protegido, ou seja, a saúde privada, não há que se falar em conduta típica.

Por fim, a conduta também deverá exteriorizar periculosidade para que então seja possível sua tipificação. Isto é, se a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, não possuir o condão de ofender o bem jurídico, seja pela ínfima quantidade apreendida, como por não apresentar qualquer tipo de periculosidade, tal conduta torna-se atípica. Assim sendo, com base no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, quando a conduta de portar substância ilícita para consumo pessoal, não apresentar uma real aptidão para lesionar a saúde privada do agente, a ação deverá ser considerada atípica. Desse modo, por apresentar-se como o entendimento de maior compatibilidade com os princípios constitucionais,

concluimos que é de suma importância a aplicabilidade do Princípio da Insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo. São Paulo: TJSP, 1998.

ALMEIDA, Natália D. **Discussão sobre a legalização da maconha**. 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6611/Discussao-sobre-a-legalizacao-da-maconha>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo C. **Porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015.

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

_____ **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>.

_____ **Recurso Extraordinário de nº 430105/RJ.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>.

_____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 1 – Parte Geral (Arts. 1º a 120), 21ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2017.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfred. **Introdução à Criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ **A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

_____ **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRUZ, Rogerio Schietti (Ministro Relator). 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. 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&1=10&i=1>> Acesso em: 01 set. 2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral.** vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Og (Ministro Relator). Superior Tribunal de Justiça. Recuso em Habeas Corpus. **RHC 34.466/DF.** 6ª Turma. Recorrente: Alessandro Pereira

Coutinho. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 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. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ **Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

_____ **Drogas e princípio da insignificância: atipicidade material do fato**. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI29412,81042-Drogas+e+princípio+da+insignificancia+atipicidade+material+do+fato>>. Acesso em: 29 fev. 2018.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, v. 1 – Parte Geral, 14ª edição**. Niterói: Impetus, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

LEITÃO, Luciana B. **Das inconstitucionalidades do artigo 28 da lei 11.343/06 e do direito à saúde: análise da realidade do distrito federal**. 2008. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/luciana_Bertini.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo (Ministro Relator). Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 102.940/ES**. 1ª Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em: 09 set. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. et al. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELO, Yure Gagarin Soares de. **As novas perspectivas do direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

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.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

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

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5722/reflexoes-sobre-os-crimes-de-perigo-abstrato/3>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. André Luís Callegari, 2 Nereu José Giacomolli (org. e trad.) 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. O "Crime de Porte de Arma" à Luz da Principiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica. **Revista De Estudos Criminais do ITEC**, Ano 1 - 2001, nº 1.