



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28

ORIENTANDA – NATÁLIA MARTINS ARRUDA CERQUEIRA

ORIENTADORA - MESTRA ISABEL DUARTE VALVERDE

GOIÂNIA
2022

NATÁLIA MARTINS ARRUDA CERQUEIRA

LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28

Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Profa. Orientadora – Mestra Isabel Duarte Valverde

GOIÂNIA
2022

NATÁLIA MARTINS ARRUDA CERQUEIRA

LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06)

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28

Data da Defesa: 22 de novembro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Ma. Isabel Duarte Valverde

Nota

Examinadora Convidada: Profa. Eliane Nunes

Nota

Agradeço a todos que acompanharam e apoiaram essa caminhada, em especial a minha mãe, Marina Moraes Martins Arruda que esteve sempre comigo, aguentando minhas reclamações e desabafos e me dando forças para concluir essa etapa tão importante em minha vida. Agradeço ao meu filho, Pedro Cerqueira Forte que me impulsionou a continuar minha vida acadêmica.

Agradeço também a minha Professora Orientadora, Isabel Duarte Valverde, que se tornou um exemplo por ser tão prestativa e atenciosa.

Aos membros do 1º Juizado Especial Criminal de Goiânia, onde faço estágio. Principalmente a magistrada Lara Gonzaga, que me inspira diariamente e que me deu a ideia do presente tema de monografia, além de toda colaboração para o desenvolvimento e conclusão.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL.....	9
1.1 – FUNDAMENTAÇÕES HISTÓRICAS DA PROIBIÇÃO DE DROGAS.....	9
1.2 – A INTRODUÇÃO DA ATUAL LEI DE DROGAS NO BRASIL: LEI Nº 11.343/06.....	12
CAPÍTULO II – A LEI DAS DROGAS: IMPORTÂNCIA DO ARTIGO 28.....	16
2.1 – ANÁLISES SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	16
2.2 – A DISCUSSÃO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06.....	18
2.3 – DAS MEDIDAS DESCRIMINALIZADORAS.....	19
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	22
3.1 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	22
3.1.1 - ENTENDIMENTO DO STF COM BASE NO HC 111.017.....	23
3.2 - HC 127.573/SP SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSGINIFICÂNCIA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS.....	24
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS.....	31

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo apresentar um estudo acerca da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas, principalmente quando se trata dos casos do porte ou posse de quantidade ínfima de drogas para o consumo próprio. As considerações tratam das possibilidades da aplicabilidade do referido princípio, assim como a sua tipicidade prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, atualmente, o mencionado delito, conforme a interpretação de muitos autores, não permite a aplicabilidade da insignificância, pois ele é considerado pela doutrina e jurisprudência majoritária como de perigo abstrato e seu bem jurídico compreender a saúde pública. Dessa forma, apresenta-se como fundamental os presentes questionamentos, de modo que se possa corroborar a praticabilidade da insignificância quando os direitos fundamentais da pessoa humana estão em jogo.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Bagatela. HC 127.375/SP. Consumo.

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como foco analisar se é possível a aplicação do princípio da insignificância para o porte de drogas para uso pessoal.

Parte-se do pressuposto de que a garantia das prestações públicas devem visar à existência digna do cidadão, considerando-se a garantia de uma vida pacífica na sociedade.

A Lei 11.343 de 2006, conhecida como a Lei de Drogas é uma das principais responsáveis pelo aumento da população carcerária no país. Desde que entrou em vigência, o índice de pessoas presas por tráfico aumentou drasticamente (BBC, 2017).

Ademais, uma importante lição de Renato Brasileiro e que servirá de base para legitimar todo esse artigo acerca do Princípio da Insignificância, se concentra no seguinte exposto:

O Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas. Daí a importância do princípio da insignificância, que funciona como causa excludente da tipicidade material, quando presente os seguintes pressupostos: a) a mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Entretanto, quanto à lei de drogas, os tribunais se limitavam a estabelecer que a pena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, não afastava a tipicidade material da conduta.

A presente pesquisa intenciona debater a possível viabilidade da aplicação do Princípio da Insignificância no crime de porte ilegal de drogas para consumo próprio. Porém, há numerosos entendimentos em liame no assunto, desempenha salientar que versa discutir os principais e coerentes posicionamentos, reiterando sempre as especificações de razoabilidade, proporcionalidade, demérito

da ação perpetrada pelo agente e a íntima competência de lesão da conduta.

CAPÍTULO I - A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

1.1 – FUNDAMENTAÇÕES HISTÓRICAS DA PROIBIÇÃO DE DROGAS

Diante da atual legislação referente à produção, comercialização e consumo de substâncias entorpecentes, sabemos que diversas leis, decretos e comissões foram criadas e/ou aperfeiçoadas.

O proibicionismo conforme se concebeu nos fins do século XIX é resultado de vários fatores sócio-culturais contribuintes para a intervenção estatal sob a alteração da consciência por meio do uso de substâncias psicoativas. O aspecto econômico, sem dúvidas teve grande contribuição da política proibicionista, primeiro porque interessava a indústria farmacêutica o monopólio da manipulação, refinamento e comércio do ópio e da cocaína, por outro, a ascensão da classe médica que assumia a “ordem do discurso” procurando rechaçar tudo o que pudesse ser caracterizado como xamanismo ou curandeirismo. Pode-se citar ainda a participação de setores mais conservadores da sociedade cristã que referendaram as políticas proibicionistas valendo-se da ideologia de pureza moral: cabe lembrar que tais setores tinham força política juntos aos legisladores (CARVALHO, 2011, P. 4-5).

Um marco histórico, que entrou em vigor em 1603, foram as Ordenações Filipinas, onde expôs, em sua legislação, a preocupação em punir e combater a posse, o uso e o comércio de substâncias tóxicas, persistindo até 1830, quando foi promulgado o Código Penal do Império, sendo que pouco falava sobre a proibição em nível nacional (SILVA, 2011).

Em 1890, com o novo Código Penal, foi incluído o capítulo “Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública”, que tinha como previsão criminal a venda de substâncias venenosas, sob pena de multa, mas não havia referência a criminalização do uso das substâncias (SILVA, 2011).

No início do século XX aconteceu a Conferência de Xangai em 1909, com a presença de 13 países. Esta Conferência foi importante para os Estados

Unidos, especialmente em três quesitos, como nos traz CARVALHO: *“para fazer do governo da América do Norte líder da agenda sobre o controle de drogas do mundo, para fortalecer a ideia de ‘uso legítimo’, cuja legitimação passava pela autoridade médica e, por fim, para estabelecer o alvo, isto é, a oferta, o que significava uma ofensiva a países produtores”*.

Posteriormente, surgiu a primeira Convenção Internacional do Ópio, elaborada em Haia, a qual o Brasil subscreveu por meio do Decreto nº 11.841, de 10 de fevereiro de 1915, que mencionava *“o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína”*.

Cabe lembrar que, até então, o Brasil não havia adotado nenhuma política ao combate as drogas.

Até 1920, não havia qualquer controle estatal sobre a venda ou uso de produtos psicotrópicos. O que havia era tão somente a condenação pública sobre o uso de drogas por jornais conservadores e grupos moralistas. Somente em 1921 surge a primeira lei restringindo a utilização de ópio, morfina, heroína e cocaína no Brasil. Era punida a utilização de todas estas substâncias sem autorização médica. O Brasil se viu obrigado a criar uma lei que combatesse o uso de drogas, pois havia se comprometido na Convenção de Haia, em 1911, a fortalecer o controle sobre opiáceos e cocaína. Essa Convenção foi patrocinada pelos Estados Unidos que fez prevalecer suas convicções referentes ao controle total sobre o uso de drogas (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p. 37).

Em meados de 1936 é publicado o Decreto nº 780, cujo conteúdo criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, que foi alterado pelo Decreto nº 2.953 do ano de 1938. Para Grecco Filho (2009, p. 41) este foi o primeiro estímulo significativo na batalha contra as drogas no Brasil.

De acordo com Nilo Batista, o Código Penal de 1940:

Confere a matéria uma disciplina equilibrada, não só optando por descriminalizar o consumo de drogas, mas também com um sóbrio recorte dos tipos legais, observando-se inclusive uma redução do número de verbos em comparação com o antecedente imediato (...) redução tanto mais admirável quanto se observa a fusão, no artigo 281, CP, do tráfico e da posse ilícita no mesmo dispositivo”.

Este artigo, que estava inserido no Capítulo III “Dos crimes contra a saúde pública”, definia o tipo do crime de “comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes”, como escrito:

Artigo 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez conto de réis.

Percebemos, então, que o legislador uniu, num crime só, o tráfico e o porte pessoal de drogas, descriminalizando o uso, apesar de que à época o

legislador “*retomou a técnica da norma penal em branco nas leis de drogas, o que denota a intenção de impor um controle mais rígido sobre o comércio de drogas ilícitas, por meio da utilização de fórmulas genéricas e termos imprecisos, ampliando seu significado*”, como nos ensina Luciana Boiteux (2006, p.138). Isso mostra, o interesse do legislador de tratar a dependência química como uma doença, seguindo à risca o modelo sanitário, ao mesmo tempo em que tenta criminalizar o comércio dessas substâncias.

CARVALHO, doutrina que:

Pode-se verificar um novo *ethos* com a criação da Lei nº 4.483, de 16 de novembro de 1964, que reorganizava o Departamento Federal de Segurança Pública, estabelecendo uma nova composição na estrutura da Polícia Federal, criando o SRTE – *Serviço de Repressão a Tóxicos Entorpecentes*. (...) A nova estrutura repreensiva não era, entretanto, um projeto isolado da política criminal do Estado brasileiro. O Brasil, desde 1921, vinha seguindo o projeto internacional de criminalização das drogas encampado pelos EUA. A partir de 1964, a *repressão* torna-se terminologia usual, a guerra fria justificava o aumento do aparato repressivo. A Doutrina de Segurança Nacional, associada ao desenvolvimento tecnológico, possibilitou o desencadeamento de uma política de repressão integrada e a otimização de um projeto transnacional de “guerra às drogas” (CARVALHO, 2011, p.15).

O ano de 1968 foi um marco importante, pois foi quando o Decreto-lei nº 385 apareceu como uma tentativa frágil, e completamente diversa da tendência internacional, de decretar a mesma pena ao comércio e consumo próprio de drogas, ao mudar a redação do dispositivo do Código Penal. Contudo, não goive muito êxito na intenção do legislador e a norma mostrou-se um tanto improdutiva, pois diante dos casos concretos os tribunais optavam por absolver os indivíduos, especialmente quando réus primários ou dependentes (BARRETO, 1982, p. 30-31).

Entre convenções e decretos, veio a Lei 5.276 de 29 de outubro de 1971, que aumentou a pena para um a seis anos de reclusão e passou a considerar o usuário inimputável, visto que, em razão do vício, não possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato, estaria sujeito a uma medida de recuperação, consistente em internação em estabelecimento hospitalar (SILVA, 2011).

A norma, que versou sobre providências preventivas e repressivas relacionadas ao tráfico de drogas e seu consumo, mostrou-se inovadora e posicionou o Brasil de acordo com as medidas impostas internacionalmente. Todavia, a despeito de todo avanço que representou ao abandonar a pecha de criminoso para o dependente, errou em não diferenciar o usuário que faz consumo

esporádico daquele que, além disso, as comercializa, o traficante. Salo de Carvalho é preciso quando declara:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2010, p.138).

A Lei 6.368/76 surgiu na ditadura militar e, foi a primeira lei a diferenciar traficante de usuário, versando sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias que determinem dependência física e psíquica. Além disso, imputava ao Estado e seus órgãos públicos de saúde e responsabilidade pelo tratamento e da recuperação dos dependentes de substâncias entorpecentes (CARVALHO, 2001).

Embora a Lei 6.368/76 trouxesse a diferenciação entre traficante e usuário, ainda era aplicado o mesmo caráter de sanção a ambos, qual seja, pena de privação de liberdade, mas distinguindo de acordo com a lesividade.

Em 2002, as casas legislativas brasileiras aprovaram a Lei nº 10.409, tencionando a completa substituição da Lei nº 6.368/76. Porém, a redação dos dispositivos da nova lei pecou em inúmeros aspectos, recebendo uma enxurrada de críticas quanto à definição dos crimes. A lei acabou gerando diversos debates no meio jurídico, para tornar mais claro, as palavras de SILVA, 2011, expressam com clareza que *“a Lei nº 10.409 de 2002, veio para gerar uma grande confusão legislativa”*.

As discussões a cerca do tema só foram sanadas com a promulgação da Lei 11.343/2006, que está em vigor atualmente.

1.2 – A INTRODUÇÃO DA ATUAL LEI DE DROGAS NO BRASIL: LEI Nº 11.343/06

Conforme exposto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro vigente nos primeiros anos do século XXI mostrava-se confuso e já não era suficiente para cumprir um bom desempenho na luta contra as drogas.

Para relembrar, a Lei n. 10.409/02 foi elaborada para substituir a Lei n.

6.368/76, contudo, o referido projeto estava inquinado de tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas, que resultou no veto de sua parte penal, somente aprovada sua parte processual (CAPEZ, 2009).

A lei de drogas vigente no Brasil é a Lei nº 11.343/06. Essa lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), que estabelece normas para coibir a produção não autorizada e o tráfico de drogas e, além disso, tipifica vários crimes relacionados às drogas, dentre os quais os crimes de tráfico e de uso, nos seus artigos 33 e 28, respectivamente.

Ao contrário da legislação, pretérita, que fazia uso na terminologia substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, a Lei nº 11.343/06 optou por fazer uso da expressão drogas, denominação preferida pela Organização Mundial da Saúde, definida pela própria Lei em seu artigo 1º, parágrafo único, como as substâncias ou produtos capazes de causarem dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (DE LIMA, 2014).

Diante disso, o legislador adaptou a redação normativa à tendência mundial, entendendo o termo “drogas” como substância contida na portaria do Ministério da Saúde, onde consta um rol de substâncias nocivas ao ser humano e, por isso, proibidas (MAIA, 2006).

Quanto à política criminal adotada pela Lei nº 11.343/06, pode-se afirmar que, nos anos noventa, duas vertentes tomaram força nas discussões a respeito das drogas. De um lado, a noção de que se deveria, por meio do direito penal, reprimir a vida ilegal das drogas, com a intenção de determinar a política de tolerância zero; de outro, a intenção era afastar-se do âmbito jurídico para dar espaço para a política preventiva, tendo como interesse o controle de danos e a prevenção de uso abusivo das drogas. A lei conseguiu acatar ambos os posicionamentos. A vertente repressora dirigiu-se ao traficante e à produção não autorizada de drogas, enquanto a preventiva visou o usuário e dependente (BIANCHINI, 2008, p. 27).

Dessa forma, nota-se que o SISNAD possui duas finalidades: a prevenção, tendo como prisma o usuário de drogas e, a ideia de repressão, dirigidas aos que produzem e traficam substâncias ilícitas. Vale frisar que a Lei confere o mesmo grau de importância às duas finalidades citadas e isso é confirmado pelo artigo 4º, inciso X da Lei de Drogas, o qual prescreve:

A observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito,

visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social”.

O artigo 28 encontra-se no Título III da Lei de Drogas – Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas. Nota-se aqui a intenção do legislador de separar as condutas do usuário e dependente da conduta do traficante, decisão político-criminal acertada que seguiu os modelos internacionais mais progressistas.

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. No entanto, Maria Lúcia Karam não entende que teve avanço no campo do usuário e dispõe:

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”.

A atual Lei, na conduta de posse de droga para consumo próprio, não previu a aplicação de penas privativas de liberdade, somente penas restritivas de direito. Tal fato fez com que diversos doutrinadores entendessem que havia acontecido a descriminalização da conduta, pois de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, artigo 1º, “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, que isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa”.

É o caso de Luiz Flávio Gomes, que afirma ter havido a descriminalização formal da conduta, ou seja, o fato segue sendo proibido, mas não pode ser mais considerado um crime. Segundo o eminente jurista escreveu à época, a Lei 11.343/06 “aboliu o caráter ‘criminoso’ da posse de drogas para o consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado ‘crime’ (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito)” (GOMES, 2008, p. 121).

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar Questão de Ordem do RE. 460.105. QO/RJ. de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu afastar a tese de infração penal *sui generis*. A Corte argumentou que tal entendimento poderia gerar conflitos na definição do regime jurídico da conduta, como também a dificuldade de enquadramento como ato infracional. E em relação ao argumento da

Lei de Introdução ao Código Penal, arguiu que esta apenas estabelece critério para a diferença entre crime e contravenção, possibilitando que uma lei ordinária optasse por pena diversa da privação ou restrição da liberdade para determinado delito.

Os modelos repressivos apresentam um padrão de ampliar o poder punitivo, provocando nas palavras de Salo de Carvalho (2015, não paginado) “a *seletividade, o etiquetamento e a estigmatização dos grupos e sujeitos vulneráveis*.”.

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. 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.

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.

O ponto essencial, portanto, é que tal política não se ocupa com 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. Entre os estudiosos os resultados mais positivos podem ser alcançados através de investimentos em prevenção.

CAPÍTULO II - A LEI DAS DROGAS: A IMPORTÂNCIA DO ARTIGO

28

2.1 – ANÁLISES SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei nº 11.343/06 surgiu em 2006, revogando as antigas leis 10.409/02 e a lei nº6.368/1976, unificando normas de execução e penalidades em apenas uma lei ainda, diferenciando as condutas de consumo próprio e tráfico, sendo que este último possui um tratamento mais rigoroso, e o primeiro um tratamento mais benéfico não como uma penalidade, mas sim, um meio de coerção e tratamento ao indivíduo. Nesse sentido, Salo de Carvalho cita:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao DecretoLei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06. (CARVALHO, Salo, p.17, 2010)

Contudo, não é especificado na referida lei a quantidade que transformaria um “traficante” em um simples usuário, ou vice-versa, e essa análise é feita ao caso concreto pelo juiz competente verificando o lugar e condições da apreensão, antecedentes criminais do agente e as circunstâncias sociais.

Doutrinadores chamam atenção para o termo utilizado pela nova lei de antitóxicos, pois pode haver confusão em relação a ampla aplicação da palavra “droga” no caso concreto. O autor João Vicente Silva (2008) salienta que até mesmo uma aspirina é considerada droga pela farmacologia, motivo esse que faz necessária a definição de quais drogas é contemplado pela atual redação e quais ficam as suas margens.

Deste modo, essas definições, para a configuração do que é droga, são necessários os seguintes requisitos: a) primeiramente, que as substâncias sejam

suscetíveis de causar dependência ao indivíduo, seja ela física, psíquica ou, ainda, qualquer outra, pois não há a indicação de espécie alguma no citado dispositivo; e, em segundo lugar, b) o produto deve guardar relação com a especificação indicada em lei ou em listas emanada pelo Executivo da União (SILVA, João Vicente, 2008, p.26).

Como citado anteriormente, o rol de substâncias consideradas como droga encontra-se em Portaria editada pelo Ministério da Saúde, nos seguintes termos do artigo 66 da nova Lei:

Para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12.05.1998 (SILVA, João Vicente, 2008, p.26).

Com a criação da nova lei de drogas, não houve a descriminalização ou a liberação do porte ou posse ilegal dos entorpecentes para consumo próprio, mas uma alteração na forma de punição tendo em vista o seu tipo, levando em consideração o dever de medidas alternativas, como por exemplo, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida de comparecimento à programa educativo, admoestação verbal e multa, ao invés de uma sanção de pena privativa de liberdade, deste modo, a continuidade da criminalização das condutas descritas no art. 28, conforme o que a doutrina e a jurisprudência entende, caracteriza-se integralmente constitucional, diante da inevitabilidade da preservação da saúde, não apenas do indivíduo, mas de um todo, que necessita do intermédio estatal, principalmente quando o interesse público está em pauta (ARAÚJO PORTELA, 2008).

Segundo Andreucci (2018, não paginado) sobre a configuração do delito para consumo pessoal, *"o juiz deve atender a natureza, a quantidade da substância apreendida, se atentar ao local e condições em que se desenvolveu a ação, assim como as circunstâncias sociais e pessoais"*.

Vale ressaltar que, devido à pena aplicada, o artigo 48, §1º da Lei 11.343/2006, determina que os Juizados Especiais Criminais detenham da competência para processar e julgar o crime previsto no artigo 28 da lei citada, como assim descrito.

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.
§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei,

será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Além de que, necessita da lavratura de termo circunstanciado e requisição de exames periciais pela polícia, com o imediato encaminhamento do autor do fato ao juizado para a realização da audiência preliminar (artigo 69, caput, da Lei 9099/95).

2.2 – A DISCUSSÃO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

A constitucionalidade do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 constitui um tema bastante debatido na doutrina. Em que pese alguns autores considerarem o crime de porte ilegal de drogas para consumo próprio como inconstitucional, em especial os cientistas da criminologia, os penalistas entendem que a criminalização dessa conduta é plenamente adequada, não havendo violação a Carta Magna de 1988.

Segundo aqueles que são a favor da inconstitucionalidade do delito, haveria violação ao direito à intimidade, assegurado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, assim como o direito à autodeterminação e, ainda, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Maria Lúcia Karam leciona que:

Mantendo a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei 11.343/2006 repete as violações ao princípio da lesividade e às normas que, assegurando a liberdade individual e o respeito à vida privada, se vinculam ao próprio princípio da legalidade, que, base do Estado de direito democrático, assegura a liberdade individual como regra geral [...].

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas e seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros são condutas que não afetam qualquer bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser.

Há também autores que discordam com a tese de inconstitucionalidade do delito em questão. Como exemplo, Vicente Greco explana a justificativa da incriminação contida no artigo 28 da nova Lei de Drogas é o perigo social que a conduta perpetrada pelo agente representa. Até mesmo aquele que é viciado, no momento em que traz a droga consegue, e antes de consumi-la, põe em risco a saúde da coletividade, isto porque constitui fator determinante na difusão de entorpecentes. Segundo o doutrinador, o toxicômano não somente pratica o tráfico,

com o intuito de adquirir dinheiro para comprar droga, mas também está, psicologicamente, predisposto a induzir outras pessoas ao vício, “para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.” (GRECO FILHO, 2009, p.9).

2.3 – DAS MEDIDAS DESCRIMINALIZADORAS

Como já visto, a Lei 11.343/06, em vigor até os dias atuais, extinguiu a pena privativa de liberdade em relação ao usuário e, desde então, tem gerado inúmeras discussões em meio aos estudiosos de Direito. Diversas teorias surgiram, distinguindo os que defendem que houve uma descriminalização, outros despenalização, e há ainda os que defendem que ocorreu a legalização do consumo de drogas (FRANCISQUINHO e FREITAS, 2008, p.39).

Apesar de alterar as normas penalizadoras, o artigo 28 da nova lei determina que em caso de descumprimento de acordo, não haverá denúncia, mas o juiz poderá impor uma nova medida coercitiva, seja a advertência verbal ou pagamento de multa.

Segundo Ferrari e Colli:

O que houve foi apenas uma suavização na resposta penal ao sujeito que incorrer nas condutas descritas no artigo 28, posto que, de acordo com a nova Lei, não há qualquer possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade para o sujeito que adquire, guarda, traz consigo, transporta ou tem em depósito droga para consumo pessoal ou para aquele que pratica conduta equiparada, passando a adotar medidas alternativas. Por conseguinte, não houve a descriminalização, mas tão somente a despenalização da conduta (2012, p. 11).

Ainda que, grande parte dos doutrinadores considere que houve a despenalização, Ferrari e Colli demonstram pensamentos diferentes:

Para Luiz Flávio Gomes, a nova redação descriminaliza o porte de droga para uso próprio, uma vez que não prevê mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, trazendo apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito. Para o jurista, apesar da conduta não mais ser considerada crime, continua caracterizando um ilícito, pois a nova Lei continua considerando proibidas as substâncias contidas na Portaria 344, do Ministério da Saúde.

Já para Ricardo Andreucci, o Projeto não descriminalizou o porte de entorpecente para consumo próprio. Ao contrário, sob o pretexto de tratar mais brandamente o usuário, fixou-lhe, dentre outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisa que não acontecia na legislação anterior, onde, ante a permissividade da Lei nº 9.099/95, poderia ele transacionar com o MP, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos. Tal conduta é de competência dos Juizados Especiais Criminais, devendo o promotor de justiça, quando do oferecimento da proposta de transação, já mencionar qual a pena ou penas que deverão ser aplicadas ao usuário (2012, p. 11).

Ao retirar a pena privativa de liberdade, o legislador buscou atingir o objetivo da reinserção social mantendo as condutas criminalizadas alterando somente a sanção prevista, ocorrendo a descarceiração dos crimes atinentes ao uso de drogas. Diante disso, torna-se evidente que ocorreu uma *novatio legis in melius* para o usuário, já que a lei nova é mais benéfica que a anterior (BRITO, 2008, não paginado).

Ao falar em descriminalização, é importante ressaltar as divergências sobre quais tipos de drogas devem ser descriminalizadas. As opiniões convergem pela legalização da *cannabis*, considerada como uma droga “leve”, justificada pela generalização de seu uso e aceitação social; reduzido risco de dependência; indicações terapêuticas, menor danosidade se comparada às drogas lícitas, como tabaco e álcool; e necessidade de separação do usuário de *cannabis* do mercado ilícito (BOITEUX, 2009, não paginado).

A política que busca cessar o consumo e tráfico de drogas tem se afastado cada vez mais do objetivo, visto que os índices de criminalidade e consumo de drogas aumenta diariamente, tornando a política de repressão do Estado inoperante.

Segundo a Declaração da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia:

A violência e o crime organizado associados ao tráfico de drogas ilícitas constituem um dos problemas mais graves da América Latina. Frente a uma situação que se deteriora a cada dia, com altíssimos custos humanos e sociais, é imperativo retificar a estratégia de “guerra contra as drogas” aplicada nos últimos trinta anos na região. As políticas proibicionistas baseadas na repressão à produção e ao tráfico bem como na criminalização do consumo, não produziram resultados esperados. Estamos mais distantes que nunca do objetivo proclamado de erradicação das drogas (não datado, p.1).

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam leciona que:

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas e seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros são condutas que não afetam qualquer bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser (KARAM, p.7, out. 2006)

A retirada do uso de drogas do rol dos crimes poderia resolver diversas questões, além de adequar a norma penal à Constituição, deixaria de estigmatizar o usuário, além de reduzir a corrupção e a criminalidade. Por fim, com a normalização desse comportamento, as autoridades terão mais tempo para se dedicar à

investigação de crimes mais graves (BOITEUX, 2009, não paginado).

Diante do exposto, notamos que a atual lei de antitóxicos mudou suas normas penais em relação ao usuário de drogas. A referida lei é um avanço diante do atual sistema repressivo, mas ainda há pontos a serem abordados e estudados, como o princípio da insignificância em relação ao delito de porte de droga para o consumo pessoal e o princípio da lesividade.

CAPÍTULO III - O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL

3.1 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância não está expressamente no nosso ordenamento jurídico, ou seja, é um princípio que tem fundamentações doutrinárias e jurisprudenciais (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, 1997).

Afirma o ilustríssimo 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 (TOLEDO, Francisco de Assis, 1994, p.133).

Basicamente, o fato que demonstra ser insignificante para o judiciário não deve ser sancionado, ou seja, o direito penal não deve ser usado para tratar de questões insignificantes.

O princípio da insignificância pode ser visto ainda como o meio que exonera condutas socialmente irrelevantes, fazendo com que o poder judiciário mantenha-se bem menos sobrecarregado, contribuindo para a uma análise mais detalhada de crimes mais complexos, diminuindo o grau de impunidade e enriquecendo o direito constitucional (GOMES *apud* CORNEJO, 2010, p. 52-53).

Para o autor Diomar Ackel (1998), 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. 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, exsurgindo, pois como irrelevantes (ACKEL, 1998, p.73).

O autor Maurício Antônio Ribeiro Lopes vai além e acrescenta como crimes insignificantes:

[...] ações aparentemente típicas, mas de tal modo inexpressivas e insignificantes, que não merecem a reprovabilidade penal (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, 2000, p.38)

É importante frisar que o princípio da insignificância deve ser 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 cidadão, 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 Constituição (GOMES, 2013).

. 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, a ele cabe, como já dito acima, o uso da razoabilidade e da proporcionalidade, atrelado ao seu complemento valorativo (GOMES, 2013).

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 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 (GOMES, 2013, p.55).

3.1.1 - ENTENDIMENTO DO STF COM BASE NO HC 111.017

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 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 111.017, 2012).

O princípio da insignificância é de fundamental importância no auxílio da interpretação da norma jurídica, tendo em vista possuir amparo nos princípios gerais do direito. 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." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 111.017, 2012).

O juiz deve inicialmente fazer uma avaliação 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 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 111.017, 2012).

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 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 111.017. 2012).

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 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 111.017. 2012).

3.2 - HC 127.573/SP SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSGINIFICÂNCIA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

HC 127573 / SP

11/11/2019- SEGUNDA TURMA HABEAS CORPUS 127.573 SÃO PAULO
RELATOR : MIN, GILMAR MENDES PACTE.(S) MAURENE LOPES
IMPTE.(S) DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO
PAULO COATOR(A/S) (ES) RELATOR DO HC 318936 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam
os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a
presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de
julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, concede a ordem para
considerar a atipicidade material da conduta (art. 192 do RISTF), nos termos
do voto do Relator. Brasília, Sessão Virtual de 01 a 08 de novembro de
2019. Ministro GILMAR MENDES, Relator.

Trata-se de um *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, contra a decisão proferida pelo STJ. O

caso aconteceu após a paciente ter sido presa em flagrante por vender 1g de maconha. No caso em tela, a ré, foi condenada à de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias multa pela prática prevista no artigo 33 da Lei 11.343 de 2006 (tráfico de drogas).

Após a defesa interpor recurso de apelação, novamente foi movido o *habeas corpus*. Diante do STJ, fundamentou com base no Princípio da Insignificância, devido a desproporcionalidade dos fatos com a pena decretada. Acontece que a Quinta Turma do STJ não reconheceu acatou o pedido, usando o argumento de que o crime é considerado de perigo abstrato, ou seja, não exige a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. Posteriormente, o pedido foi refutado com a observância de que "os objetos jurídicos tutelados são a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida" (HC 318.936/SP, Rel.Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, Dje 09/11/2015).

O Ministro Gilmar Mendes (Rel. Habeas Corpus 127.573/SP) votou a favor do pedido de defesa, considerando a atipicidade material da conduta, reconhecendo a excludente de tipicidade do fato com base no reconhecimento do Princípio da Insignificância.

No acórdão do HC, o ministro Gilmar Mendes atesta que o Princípio da Proporcionalidade norteia tanto uma norma em abstrato como determinada interpretação de tal norma.

O ilustríssimo autor Virgílio Afonso da Silva (2005) afirma que a existência de uma proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, visto que esse é o Princípio do Estado Democrático de Direito.

A decisão do Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que ocorre uma desproporcionalidade na aplicação do crime do tráfico de drogas à paciente, vai de encontro com o entendimento de Claus Roxin, pois para o doutrinador, uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, configura-se como a intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos (ROXIN, 2006, p.21).

Nesse sentido, o argumento de proteção dos bens jurídico (saúde pública) visto que, "não se debate o que efetivamente está fazendo a política, mas se ela diminui ou não o consumo de drogas. Numa exemplar lição de ideologia, argumento

sanitarista elide para iludir." (ARGUELLO).

Para Barroso (2010) é possível extrair do Princípio da Proporcionalidade que este deve ser aplicado não somente pelo intérprete e pelo julgador, mas também pelo legislador. Dessa forma, elaborar-se-á uma norma, para, então, decidir acerca de um meio para atingir um fim.

O ministro Gilmar Mendes afirma na decisão do HC em análise que há casos em que, no contexto de tóxicos, a lesão jurídica se demonstrou tão ínfima, que não foram aplicadas ao agente punições extremas. Dessa maneira, se abre a possibilidade de aplicar o Princípio da Insignificância. Pensar diferente do Ministro Gilmar Mendes é criminalizar a pobreza, indicando o componente pragmático da vulnerabilidade (Ayres et al., 2008) de determinados grupos sociais.

Claus Roxin (2006), ao reintroduzir o Princípio da Insignificância na seara penal, em 1964, embasa diversos argumentos acerca da possibilidade de se considerar uma conduta como crime. O autor defende tal princípio como uma mínima manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal.

O crime é entendido pela legislação brasileira como um fato típico, ilícito e culpável sendo que qualquer um desses fatores faltando, desconfigura o caráter criminoso da conduta do agente. Em relação ao Princípio da Insignificância, nos interessa, nesse ponto, a questão relacionada à tipicidade.

A tipicidade pode ser de duas ordens: tipicidade formal e tipicidade material. A tipificação formal é a adequação da conduta do agente a uma previsão típica. Já a tipicidade material se expressa com a ocorrência de uma ofensa significativa a um bem jurídico.

Ocorrerá exclusão do fato típico quando estiver ausente algum de seus elementos. Uma das hipóteses é a insignificância da conduta, ou seja, a ausência de ofensa significativa ao bem jurídico protegido pela norma.

Francisco de Assis Toledo conceitua-o nos seguintes termos:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentaria, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Segundo o STF, são necessários quatro requisitos para a aplicação do Princípio da Insignificância, dentre eles: I- mínima ofensividade da conduta do agente, II- nenhuma periculosidade social da ação, III- grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, IIIL- inexpressividade da lesão jurídica

provocada. (HC 119844 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 29/06/2018).

Nesse sentido, é necessária uma clara comprovação da possibilidade de perigo de dano da conduta do agente ao bem jurídico tutelado, na ausência, considerar-se-á pela atipicidade de conduta.

Em relação ao princípio em questão, Junqueira disserta:

Acreditamos correta a adoção do princípio da insignificância, pois, se a quantidade não é suficiente a causar perigo à saúde pública, a punição se torna irracional e desproporcional, uma vez que apenas condutas incapazes de gerar perigo ou dano para bens jurídicos alheios podem ser punidas num Estado Democrático de Direito, que aceita a culpabilidade como limite para punição.

No documentário "BAGATELA", dirigido por Clara Ramos (2016), é possível inserir o princípio da insignificância no ordenamento jurídico. Quando se abre a discussão sobre a aplicação de tal princípio para o âmbito subjetivo, percebe-se que uma parcela de defensores e juízes que aplica a ideia central é da defesa da tese de incluir, na área do direito penal, condutas que se enquadrem como "bagatela", pois na prática o excesso de punição é o que aumenta a criminalidade.

Para Assis Toledo (1994), assim como o Princípio da Adequação Social, a insignificância serve como *"regra auxiliar de interpretação"*, fazendo com que o *Direito Penal somente vá "até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico"*.

Com efeito, o objetivo que se deve alcançar ao reconhecer a aplicação do Princípio da Insignificância nesses casos, é direcionar os esforços do Direito Penal, em demandas realmente importantes, que sejam de maior gravidade.

CONCLUSÃO

Como foi exposto, o tema da presente monografia analisa a aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28 da Lei 11.343/2006, enfatizando três pontos principais: o histórico da legislação das drogas no Brasil, a abordagem doutrinária e jurisprudencial da Lei 11.343/2006 e o aprofundamento do princípio da insignificância, fundamentando no HC 111.017/RS e no HC 127.573/ SP.

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 sabida, a aplicação do princípio da insignificância torna a conduta típica em atípica.

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.

Finalmente, no último capítulo, fora observada a finalidade e 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 de a conduta ofender a saúde pública, pois se não tiver essa capacidade, a quantidade ínfima torna a ação em atípica.

Ademais, foram analisadas decisões do STF no HC 111.017/RS e do HC 127.573/SP. Com enfoque no HC 127.573/SP, conclui-se que ainda que se admita que o crime do artigo 28 da Lei de Drogas seja considerado como crime de perigo abstrato, o qual, até então, considera que o bem tutelado pela norma seria a saúde pública, não pode admitir a generalização de todo e qualquer caso para o tipo penal.

Apesar das 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.

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 a 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.

Outro ponto importantíssimo a ser analisado é o potencial prejudicial de cada droga, para depois considerar se sua criminalização é mesmo necessária. Foram vistos exemplos de substâncias antes criminalizadas e que tiveram sua devida legalização, mesmo sendo nocivas a saúde. Um exemplo foi o álcool que, comparado a cannabis é muito mais prejudicial, seja pela alteração da consciência que causa ao usuário, seja pela dependência química que provoca e a facilidade de se tornar um viciado.

A liberação do álcool e do tabaco trouxe diversos benefícios, como a cobrança de impostos sob suas produções e comercialização, beneficiando financeiramente o Estado, e também a possibilidade de controlar as substâncias, tornando-as menos nocivas à saúde do usuário.

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, analisando cada caso minuciosamente.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância do direito penal. Revista de Jurisprudência de alçada de São Paulo, 1998

ANDREUCCI, R.A. Legislação Penal Especial. Ed. Saraiva, 2013, p. 124.

ARAUJO, Nádia; PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETO, Lima. Clara dos Anjos. São Paulo, Editora Brasiliense, 1982

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. Editora Revan, 2011.

BIANCHINI, Alice. Os grandes Movimentos de Política Criminal na atualidade: movimento Lei e Ordem, Minimalismo Penal e Abolicionismo. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG, 2008.

BOITEUX, Luciana. Possibilidades e Perspectivas da Descriminalização das Drogas Ilícitas. Artigo publicado originalmente no Jornal “Le Monde Diplomatique”, Ano 3. Número 26. Setembro de 2009.

BRASILEIRO, Renato. Específico de Direito Penal para curso de Delegado Federal.

Disponível em: ww3.lfg.com.br/material/delfed_290708_penal_aula01_renatobr.pdf

BRASIL. Acórdão 1202356, 20170310147869APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 12/9/2019, publicado no DJE:23//9/2019.

BRASIL. Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal.

BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de 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. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> acesso em 24 de outubro de 2022.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> acesso em 24 de outubro de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 111.017

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 127.573.**

BRITO, Iuri Teixeira. A controvérsia sobre a descriminalização do usuário na Lei 11.343/06. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/a-controversiasobre-a-descriminalizacao-do-usuario-na-lei-1134306-437164.html>> acesso em 12 de novembro de 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 16ª Ed. Editora Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011

CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Grande Encarceramento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

CARVALHO, Salo de. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal: o caso do anteprojeto de Código Penal. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, 2011.

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

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. Criminologia. Coimbra: Coimbra editora. 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena, ed. 2013.

FERRARI, Karine Angela; COLLI, Maciel. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o evento da Lei nº 11.343/06. UNOESC & Ciência – ACSA, Joaçatuva, v. 3, n.1, p. 7-16, jan/jun, 2012.

FRANCISQUINHO, Sergio, FREITAS, Solange Pinheiro de. A Influência das Drogas na Criminalidade. Monografia - Curso de Especialização em Formulação de Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Estadual de Londrina. Londrina – Paraná. 2008, p.85.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. O fracasso da Lei nº 10.409/02. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/4998> > acesso em 12/10/2022

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

GOMES, Luis Flávio. Nova Lei de Drogas. Publicado em 2006. Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>. Acesso: em 24 de novembro de 2022.

GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal - 8 ed- Editora Saraiva, 2009

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. P. 848

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal – 6 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 212.

GRECO, Rogério. Resumos gráficos de Direito Penal – vol. 1, 3 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 244.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Livro eletrônico.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do proibicionismo. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 167, p. 7. out. 2006. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma aplica princípio da insignificância a caso específico de porte de droga.

LIMA, Renato Brasileiro de. Tráfico de Drogas. In:_____. Legislação Criminal Especial Comentada. – 3. ed. revisada, ampliada e atualizada – Salvador: Editora Jus Podvm, 2014. P. 695 – 896.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise a luz da Lei 9.099-95, juizados especiais criminais, e da jurisprudência atual, 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.

NICASTRI, S.; RAMOS, S. Prevenção do Uso de Drogas. Jornal Brasileiro de Dependência Química, Brasil. 2001; (supl): 25-29.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 9ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.93

SILVA, Denise Maria Perissine Da. Lei da Alienação Parental e a sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Acesso em 29 de novembro de 2022. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13376).

SOUZA, João Vicente Silva. Por um política de ações afirmativas: problematização de programa conexões de saberes. ED. UFRGS, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de direito penal. 5ª Edição de 1994.