

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS SANTA RITA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**VANESSA WANDERLEY PEREIRA**

**A POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A  
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28 DA LEI  
11.343/06**

**SANTA RITA  
2018**

**VANESSA WANDERLEY PEREIRA**

**A POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A  
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28 DA LEI  
11.343/06**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de Santa Rita do Departamento de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor José Neto Barreto  
Júnior

**SANTA RITA  
2018**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

P436p Pereira, Vanessa Wanderley.

A POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE  
SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO  
ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 / Vanessa Wanderley Pereira.  
- João Pessoa, 2018.  
53 f.

Orientação: JOSÉ NETO BARRETO JÚNIOR.  
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. DROGAS. 2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 3. DIREITO  
PENAL. I. NETO BARRETO JÚNIOR, JOSÉ. II. Título.

UFPB/CCJ

**VANESSA WANDERLEY PEREIRA**

**A POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A  
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ARTIGO 28 DA LEI  
11.343/06**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de Santa Rita do Departamento de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Mestre José Neto  
Barreto Júnior

**DATA DA APROVAÇÃO: 09/11/2018**

**BANCA EXAMINADORA:**

  
Prof. Me. José Neto Barreto Júnior  
(ORIENTADOR)

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos  
(AVALIADOR)

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero  
(AVALIADOR)

**Dedico este trabalho ao meu amado vovô  
Múcio, que está lá em cima orgulhoso de  
mim.**

## **AGRADECIMENTOS**

Passei a entender, durante os cinco anos cursando Direito, que concluir uma monografia vai muito mais além de estudar, pesquisar e escrever. Realizar um trabalho de conclusão de curso exige força, coragem e perseverança. Diga-se de passagem, eu não as adquiri sozinha. Por isso, reservo este cantinho para agradecer aos meus, que sempre estiveram ao meu lado para que este sonho se tornasse realidade.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Rachel Wanderley e Geniezer Pereira, que me incentivaram a ser cada dia melhor no decorrer dessa trajetória. A eles, minha eterna gratidão por suprirem todas as minhas necessidades durante o curso, seja no sentido emocional ou financeiramente falando. Da mesma forma, devo gratular Delosman de Oliveira e Mayara Marjorie, respectivamente meu padrasto e madrastra, que vieram a completar a minha família, sempre dispostos a lutar por mim.

À minha irmã, que sem ela eu nada seria. Minha companheira de dias bons e ruins, minha cara metade e melhor amiga. Bia, em você habita o meu coração fora de mim. És a minha maior razão de estar aqui.

Sou grata às minhas avós, Maria do Carmo Wanderley e Maria Pinto Pereira, que são os alicerces da minha família. Eu pude crescer e aprender com vocês que o mundo pode ser complicado, injusto e cruel, mas quando temos o apoio das pessoas que amamos tudo se torna um pouco mais fácil.

Não poderia deixar de agradecer aos meus amigos, aos novos e antigos, por serem meu refúgio e por me fazerem acreditar em mim mesma. Em especial, a Déborah Rocha, Cecília Montenegro, Héllen Bianca, Lucas Morais, Ianná Modesto e Danyelle Hardman, que estão comigo para o que der e vier, como anjos na Terra.

Agradeço ao restante da minha família, que de forma especial sempre contribuíram com a minha formação. Eu não poderia esquecer de vocês.

Ao meu orientador, meu muito obrigada pela paciência e compreensão na elaboração desse trabalho, sempre me guiando para o melhor caminho.

Por fim, à Universidade Federal da Paraíba, em especial ao Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita, que me acolheu pelos cinco anos de caminhada. Lembrarei de seus nomes pelo resto da minha vida.

## **RESUMO**

Este trabalho abordará como tema o consumo de drogas, em especial, a sua posse para consumo próprio. A elaboração dessa monografia teve como fonte pesquisas bibliográficas, em que foi usado o método mais eficaz e atual com a finalidade de obter o conhecimento necessário para a construção do suscitado tema, pesquisas essas encontradas em vários sites de estudos, as quais ajudaram a compreender todo o conteúdo almejado. O objetivo desse trabalho é analisar o porte de drogas para uso pessoal e a aplicabilidade do princípio da insignificância no art. 28 da Lei 11.343 de 2006, bem como suas características e critérios para utilização. É perceptível que o tráfico e a criminalidade vêm aumentando no decorrer dos anos. Estudos comprovaram que grande porcentagem da violência e dos crimes cometidos no Brasil vem acompanhada do uso de drogas. Como consequência, inúmeros indivíduos vivem em estado precário, presos em um círculo vicioso voltado para o malefício pessoal e de terceiros. Em suma, conclui-se que compreender a lei e os prejuízos do consumo de drogas é bem mais que efetuar uma simples leitura, é aprofundar-se diante de um abismo que milhares de pessoas se encontram atualmente.

**Palavras- Chave:** Drogas. Princípio da insignificância. Direito Penal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS .....</b>	<b>10</b>
2.1 <i>Princípio da Dignidade Humana .....</i>	12
2.2 <i>Princípio da Legalidade .....</i>	13
2.3 <i>Princípio da Proteção dos Bens Jurídicos .....</i>	14
2.4 <i>Princípio da Intervenção Mínima .....</i>	15
2.5 <i>Princípio da Materialização do Fato .....</i>	17
2.6 <i>Princípio da Ofensividade ou Lesividade.....</i>	17
2.7 <i>Princípio da Adequação Social.....</i>	19
2.8 <i>Princípio da Proporcionalidade.....</i>	20
<b>3 A LEI DAS DROGAS: a importância do artigo 28.....</b>	<b>22</b>
3.1 <i>Reflexos das alterações trazidas pelo artigo 28 da lei .....</i>	22
3.1.1 <b>Análise sobre a descriminalização .....</b>	<b>25</b>
3.1.2 <b>Análise sobre a despenalização.....</b>	<b>29</b>
3.1.3 <b>Análise sobre a legalização .....</b>	<b>32</b>
<b>4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL .....</b>	<b>34</b>
4.1 <i>o princípio da insignificância.....</i>	34
4.2 <i>Aplicação do princípio da insignificância no porte de drogas para consumo pessoal .....</i>	37
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tem como objeto tratar do consumo de drogas de maneira geral, assunto este que constitui um dos principais casos do aumento da violência e da criminalidade no país.

É bastante comum hoje em dia ligar a televisão ou rádio e abrir um jornal ou revista e visualizar a proporção que o tráfico de drogas vem tomando. O crescimento do índice das pessoas que consomem substâncias ilícitas tem sido gritante nos últimos tempos.

O efeito do consumo das drogas é claramente externado quando se observa que famílias são destruídas devido a maneira que os usuários agem quando se utilizam do entorpecente ou devido à conduta agressiva para alcançar o meio necessário com a finalidade de comprar a droga e saciar o desejo pela substância.

É perceptível nos dias atuais que o vício não destrói apenas aquele que consome, pois envolve toda a esfera social do indivíduo, atingindo familiares e amigos que convivem constantemente com ele.

É errado pensar que somente a classe social baixa é exemplo de quem consome entorpecente, visto que a alta sociedade está igualmente envolvida no mundo das drogas, sobretudo, os menores de idade.

O presente estudo também tem como intenção cuidar da dificuldade encontrada pela população em viver de forma segura, já que para conseguir comprar as drogas, os dependentes atingem de forma cruel terceiros ou até mesmo seus familiares, por meios de furtos, roubos, e muitas das vezes seguidos de agressões físicas, podendo até cometer o crime de latrocínio, que é o roubo seguido de morte.

E quando não ocorre tal fato, temos o famoso acerto de contas, que é uma realidade enfrentada pelos usuários de drogas que acabam não tendo condições de pagar as substâncias compradas e pagam com sua própria vida.

Por conseguinte, esta monografia tem por finalidade analisar o princípio da insignificância e a Lei de Drogas frente ao ordenamento jurídico pátrio, no que se refere à aplicação de tal princípio nos casos de uso ou tráfico de drogas ilícitas. É nesse sentido que se discute se a aplicação do princípio da insignificância aos casos versados pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 fere ou não outros princípios constitucionais.

Além disso, tem-se também como intenção neste trabalho trazer as diferentes posições do STJ e STF frente ao tema escolhido, deixando claro que há uma determinada necessidade de discutir e debater sobre o assunto, uma vez que não há nenhum entendimento pacificado nos grandes Tribunais. Surge daí, então, a relevância do tema abordado.

Portanto, o presente trabalho foi construído buscando problematizá-lo a partir dos seguintes questionamentos: o que seria exatamente o princípio da insignificância? Como tal princípio poderia ser aplicado nos casos de uso e tráfico de drogas? Quais as alterações trazidas pela Lei de 11.343/06 frente ao consumo próprio de entorpecentes? Como se comporta os grandes Tribunais frente à esta questão?

Destarte, a pesquisa terá como principal enfoque tais indagações, com a finalidade de que o tema esteja bem delimitado e que não se submeta a questões aleatórias que não fazem parte do objetivo deste trabalho.

Por todo o exposto, a monografia será dividida em três capítulos, sendo primeiramente analisado os princípios constitucionais penais que orientam a necessidade ou não da aplicação da insignificância diante de um caso concreto. Dessa forma, preceitos como a dignidade humana, legalidade penal, proteção dos bens jurídicos relevantes, intervenção mínima, materialização do fato, ofensividade, adequação social e proporcionalidade são aqui destrinchados para melhor compreensão da temática. A doutrina muito ajudou na consolidação do primeiro capítulo, oferecendo a base teórica necessária para a compreensão desses institutos constitucionais penais.

O segundo capítulo trará a abordagem da Lei de Drogas, a importância do artigo 28 da referida lei no âmbito da criminalização e os reflexos das alterações trazidas pelo mesmo dispositivo. Além disso, será feita uma breve análise sobre a descriminalização, despenalização e legalização do artigo mencionado, de forma a demonstrar suas diferenças conceituais e principalmente se algum desses termos poderia ser empregado nos casos de uma suposta atipicidade da conduta. Por isso que é de extrema importância estudar cuidadosamente o porte de drogas para consumo próprio, pois os debates acerca do tema são amplos e muitas vezes vexatórios.

O último capítulo é o ponto principal de toda a monografia, pois será feita uma análise em linhas gerais sobre o que é o princípio da insignificância e em seguida é discutida a aplicação de tal instituto no crime de porte de drogas para consumo

peçoal. Dessa forma, algumas jurisprudências dos tribunais pátrios serão utilizadas para dar embasamento ao tema.

O método utilizado para fins de pesquisas e elaboração desse trabalho foi o uso de pesquisas bibliográficas em livros e em monografias a fim de orientação e conhecimento pleno e necessário sobre o assunto, bem como alguns posicionamentos jurisprudenciais, além de pesquisas informativas encontradas em vários sites da internet que abordam informações relevantes sobre a nova Lei de drogas 11.343/2006 e os posicionamentos dos tribunais superiores.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

No decorrer da história, foi criado um amontoado de princípios com a finalidade de orientar o ordenamento jurídico brasileiro. Tais princípios foram regidos pelas Constituições existentes na época, mas não eram considerados tão importantes como as leis e normas constantes naquele ordenamento.

Os princípios foram evidenciados por grandes marcos históricos, a exemplo das Revoluções Francesa e Americana, que foram verdadeiras precursoras da entrada dos princípios no Estado de Direito.

O século XIX foi o ápice do recebimento desses princípios no Brasil, pois nosso país contava com uma enorme resistência na aceitação desses preceitos, visto que estes não eram dotados de normatividade. Entretanto, com o passar dos anos, as constituições brasileiras passaram a adotá-los como regras, uma vez que começaram a tratar com especificidade cada princípio existente na sociedade, fazendo com que houvesse uma verdadeira constitucionalização do ordenamento, defendendo, portanto, a normatividade destes princípios.

Desde então, os princípios passaram a formar a base do ordenamento jurídico brasileiro, e atualmente são vistos e respeitados como verdade universal, tendo o indivíduo admitido como sendo valor inegociável para a concretização de seus direitos em prol de uma existência digna.

Assim, os princípios constitucionais são normas jurídicas e servem como bússola que norteia a interpretação do indivíduo para com as regras da Constituição. Destarte, eles são essenciais para a organização do sistema jurídico, como pode-se perceber quando o legislador os utiliza para abordar determinado assunto, conforme o caso concreto.

Partindo desta premissa, sabe-se que é na Constituição que se encontram todas as regras que devem ser respeitadas pelos indivíduos, sendo ela – a Constituição – o sustentáculo da sociedade e do Estado brasileiro. Portanto, vale constar que é na Carta Magna que também estão inseridos os princípios que orientam todos os ramos do Direito, especialmente os que regem o direito penal.

Dessa maneira, todas as normas advindas do direito penal que estiverem incompatíveis com o que prelecionam os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devem ser excluídas do sistema jurídico brasileiro, tendo

em vista que nenhum fundamento jurídico de validade estará presente, pois não possuirão valor para existirem na sociedade.

Por este viés, compreende-se que estas normas são regras jurídicas retiradas do Texto Maior que auxiliam na interpretação e compreensão dos institutos penais. Com isso, não é possível estudar o direito penal sem antes se fazer uma análise do que lhe sustenta.

Nota-se que o constituinte originário concedeu ao novo sistema principiológico no campo do direito penal uma valia imensurável, fazendo com que esse recente sistema fosse instituído na democracia pátria como direito basilar do ser humano na forma de cláusula pétrea, como se vê no artigo 60, § 4º da CRFB/88.

Interessa-nos conhecer o estudo dos princípios constitucionais penais, estes que estão descritos expressamente no texto legal ou que se originam do artigo 5º da Carta Magna, tais quais: justiça, interferência mínima, lesividade, insignificância, adequação social, presunção de inocência, culpabilidade, proibição de dupla punição e proporcionalidade, pessoalidade e humanidade da pena.

Acrescente-se, também, que todos estes preceitos penais devem ser guiados pelo princípio da dignidade humana, a qual alude o que deve ser justo, aplicado, adequado e decente no âmbito do direito penal.

Todo ordenamento jurídico bebe das fontes seguras dos princípios que os norteiam. Assim, os princípios são considerados a essência do direito, pois, não há direito sem princípios.

Segundo Melo (2013) os princípios são fundamentais, considerando que violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma, logo, implica em uma ofensa não apenas a mandamento específico, mas também aos preceitos constantes no ordenamento jurídico.

Assim:

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 2014, p.45).

Resumindo, todos os princípios constitucionais penais estão positivados, embora que nem todos estejam expressos na Carta Política.

Ademais, tratar-se-á, no decorrer deste trabalho, sobre os principais princípios relacionados a este tema. Assim, será feita uma análise mais íntegra sobre a máxima que esta pesquisa busca estudar.

## *2.1 Princípio da Dignidade Humana*

Sabe-se que todos os princípios tratados no âmbito do direito penal derivam do preceito da dignidade da pessoa humana. Desta maneira, entende-se que este é considerado o princípio norteador de todos os institutos penais, possuindo importância demasiada para a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas.

Anote-se que ela, a dignidade, é prevista desde Kant e ele mesmo aborda a temática. Pois, para ele, tudo tem um preço e uma dignidade. Assim, o preço de um bem pode ser suprido por algo equivalente. Logo, surge aí a concepção de valor relativo e condicionado. Desta forma:

Porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano. (SILVA, 2011, p. 46).

Na atual Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, evidencia-se o instituto da dignidade da pessoa humana. Assim, ela é considerada como uma cláusula pétrea relacionada à tutela e promoção do indivíduo, sendo o valor máximo do nosso sistema jurídico que guia todas as relações jurídicas brasileiras. Freitas Júnior (2008, p. 10) discorre:

Conquanto não se possa estabelecer conceito absoluto para o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque vazado em conceitos indeterminados, plurissignificativos ou dotados de ampla ambiguidade ou porque a ele pode ser associada toda e qualquer qualidade intrínseca do homem como tal, ou seja, do homem segundo sua própria natureza, é certo ser da condição humana que decorre a necessidade de o Estado afirmar a ordem jurídica respeitante dos valores agregados à ideia (sic) de dignidade da pessoa humana, impondo a todos o dever de abstenção ou de ação capaz de concretizar a absoluta intangibilidade do homem como tal.

Já a garantia da dignidade humana surge quando a Constituição admite a sua real existência, considerando ser um preceito absoluto de ordem jurídica. Logo:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (SILVA, 2011, p. 48).

Para maior compreensão, o princípio mencionado serve, em suma, para restringir o direito do Estado de punir equivocadamente aqueles que infringem regras. Explica-se: é proibido todo e qualquer ato de caráter humilhante, cruel e indigno praticado contra o povo.

Afirma-se, ainda, que tal princípio não pode ser relativizado, uma vez que isso causaria sentimento de instabilidade democrática e, por todo o exposto, tem-se a dignidade humana como princípio reitor essencial na busca da proteção de direitos em geral, a qual deve ser respeitada como sendo de caráter supremo e absoluto.

Portanto, o Brasil fundamenta os seus propósitos com base na dignidade da pessoa humana, logo, todas as pessoas são merecedoras de dignidade. Isso acontece independente da sua classe, posição ou condição social.

## 2.2 *Princípio da Legalidade*

O princípio da legalidade ou da reserva legal é o mais importante no âmbito do direito penal, pois é através da lei que o direito penal age, de forma a limitar, instituir ou coibir condutas sob a ameaça de alguma penalidade.

A legalidade estrita do direito penal também foi abordada pelo Texto Maior, conceituando-se, na expressão de Ferrajoli como sendo “a garantia para as pessoas de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo feito de que, ao ser punível apenas o que está ilícito na Lei, nada que a lei não proíbe é punível, a não ser que seja liberado ou está consentido” (FERRAJOLI, 2010, p. 34).

O nexó da legalidade penal, traduzido pela expressão latina *nulla poena sine lege*, é advindo do princípio da legalidade penal. Com isso, entende-se que qualquer conduta só poderá ser considerada criminosa desde que haja lei neste sentido.

Contudo, a conjuntura da legalidade penal não se resume somente nas penas estabelecidas em lei. Elas não podem ser compreendidas como um fim em si mesmo, pois devem ser analisadas juntamente com as finalidades específicas que elas possuem. Consta-se, sobretudo, que tais finalidades devem estar em compatibilidade com o atual Estado Antiautoritário de Direito e, não sendo assim, não serão instrumentos aptos diante do sistema jurídico-penal (CADEIRA, 1999).

### *2.3 Princípio da Proteção dos Bens Jurídicos*

O direito penal, como já falado nas primeiras linhas desse trabalho, ocupa-se de oferecer a exclusiva proteção a bens jurídicos realmente expressivos. Diante desse fato, vale constar que o assunto enseja, também, inúmeras abordagens.

Assim, percebe-se que Fernandez (2010) descreve que a percepção do delito como violação a bens jurídicos sustenta o surgimento do Direito penal contemporâneo, propiciando um salto em direção a atualidade, liberando-o do absolutismo penal considerado tão arcaico nos dias de hoje.

É infalível, porém, um pensamento em torno do alargamento que se tem dado a conceituação de bem jurídico, abrangendo especificamente os chamados bens jurídicos universais.

Dessa forma, Hassamesser (2017) afirma que tais bens jurídicos universais são formulados com vagueza e amplitude. Neste norte, as leis penais embarcam diversos campos como o da economia, do ambiente, da tributação, do processamento de dados, do terrorismo, das drogas, dentre outras coisas..

Porém, o simples emprego do princípio da proteção a bens jurídicos não é suficiente para resguardar o ser humano da atuação criminalizadora estatal e da aspiração de vingança da sociedade leiga manipulada.

Bem dessa forma, não basta a certificação da existência de um bem jurídico para que o legislador elabore uma lei penal para protegê-lo. Pois, também não basta a vivência de um ataque a um bem jurídico para que ocorra a imputação do comportamento. É necessário que o bem jurídico a ser coberto pelas leis penais seja um bem sobressalente, assim como também é essencial essa significância para que o comportamento que atinge certo bem jurídico possa ser penalmente legal.

Porém, como avaliar a importância de um bem jurídico para saber se ele merece proteção penal?



As dificuldades para permitir respostas a esta dúvida não são insuperáveis, porém exigiria todo um estudo sobre o assunto.

Não obstante, para que não fique aqui um hiato, socorre-se da afirmação apresentada por PRADO (2017, p.45)

Tem-se, por dessa maneira expressar, a virtude de limitar com métodos mais precisos a atividade do legislador penal, funcionando como divisa alusivo, à escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela, a tipo e a providência da sanção disposta para a sua proteção. A norma recomendada para isto foi, primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana, verificado como lógica da ordem política e da paz social. O recurso à supressão de liberdade precisa ser, como já enfatizado, a ultima ratio, quando estritamente relevante, tendo constantemente em ideia a valia primária da liberdade único - o campo do ilícito penal precisa ficar reduzido às margens da estrita urgência.

O legislador, ao criar as normas penais, deixou de escolher efetivamente os bens jurídicos que merecem proteção do direito penal. Portanto, compete ao juiz, no caso tangível, fazer a relação entre o bem penalmente tutelado e os princípios essenciais assegurados por nosso ordenamento.

O artigo 155 do Código Penal não afirma que a subtração de um pote de margarina é furto. Tal dispositivo preleciona apenas que a subtração de coisa alheia móvel pode qualificar como um crime de furto. Na realidade, tais situações dependerão inteiramente da análise do magistrado, da sua formação jurídica, humanística e filosófica, que deverá entender se aquele pote de margarina representa ou não um axioma dentro do sistema jurídico, decidindo se houve ou não um ataque a um bem jurídico importante, digno de uma resposta do Direito penal.

A situação ora mencionada e muito corriqueira precisa servir não apenas para inúmeras considerações, como conduz a avaliação dos demais princípios constitucionais penais.

#### *2.4 Princípio da Intervenção Mínima*

Acredita-se que o Estado é uma instituição a serviço do ser humano e, dessa forma precisa ficar restringido pelos direitos atinentes a quem a ele serve.

Por conseguinte, o direito penal é acionado somente quando outros ramos do Direito não puderem atender as necessidades do caso, tendo em vista que a atuação do Estado deve ser limitada pelos direitos e garantias assegurados aos indivíduos, pois estes não podem ter a autonomia e liberdade restrita a qualquer momento.

Neste sentido, estabelece Rogério Greco (2017, p.127):

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 mudanças da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

Com base nessa premissa, Luiz Luisi (2003) afirma que só se motiva a criminalização de um fato quando não houver outro meio de proteção de um bem jurídico relevante. Havendo outro meio, a criminalização se torna inviável, pois só é possível a aplicação de alguma penalidade quando for essencial e imprescindível que assim seja.

Sendo a interferência penal a maneira mais dramática do Estado comportar-se ao delito, o desempenho do Direito penal no Estado Democrático de Direito precisa ser fragmentário e subsidiário. Quer dizer, seu sistema é completamente inábil e grosseiro para ajudar com efetividade no progresso da sociedade e oferecer a ela a paz social.

Por assim dizer, a fragmentariedade do Direito penal consiste em duas ponderações: a primeira, que apenas os bens jurídicos mais necessários precisam ganhar a tutela penal. A segunda, que somente os ataques mais repudiáveis a estes bens devem ser penalizados penalmente.

Sendo a fragmentariedade uma forte característica da intervenção mínima, ela se justifica na medida em que não se pode aplicar o direito penal quando houver qualquer ofensa a bem jurídico protegido pelo sistema jurídico. Assim, somente aquilo que tiver um alcance maior e mais gravoso à sociedade é que é cabível a atuação do direito penal, por exemplo, quando ameaça a segurança pública ou a liberdade individual.

Por sua vez, o direito penal tem caráter subsidiário, ou seja, primeiro avalia-se as demais alternativas para só depois, quando não couber atividade de nenhum outro ramo do Direito, aplicar-se o direito penal.

Isto posto, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição,

tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos. (2014, p. 66).

Em suma, a lei penal somente deverá ser levada em consideração ante o caráter subsidiário e fragmentário do caso concreto. Possuindo outras soluções, como é o caso das contravenções penais, o direito penal será “esquecido”, e aplicar-se-á somente quando for a ultima ratio da questão.

## *2.5 Princípio da Materialização do Fato*

O princípio da materialização do fato ou exteriorização do fato surge da premissa de que ninguém pode ser incriminado pelo o que se pensa ou cogita, isto é, nenhum ato que não conseguiu ser plenamente executado pode ser considerado incriminador. Como o próprio nome fala por si só, precisa-se da materialização do fato no mundo externo, pois condutas internas ficam fora da esfera penal.

Do mesmo princípio deriva a alegação de que a forma ou estilo de vida do indivíduo, suas crenças ou escolhas pessoais, não podem alimentar uma tipicidade penal ou agravação punitiva.

Ensina ROXIN (2012,p. 45) que:

Por Direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma atuação concreta descrita tipicamente (ou no máximo às diversas ações do tipo) e a sanção representa somente a resposta ao fato exclusivo, e não a toda a indicação da vida do autor ou aos perigos que se esperam dele na futuridade. Frente a isto, se tratará de um Direito penal de autor, no momento em que a pena se vincula à personalidade do autor, sua associabilidade e o nível da mesma para que se decida sobre a sanção.

Com base na materialização do fato, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal só são capazes de ser empregadas em prol do culpado. Do contrário, estar-se-á aplicando o direito penal do autor, e julgando o sentenciado não pelo fato e suas particularidades, mas sim em prol do seu comportamento ou personalidade não se alinharem ao senso comum do meio social.

## *2.6 Princípio da Ofensividade ou Lesividade*

Quanto ao princípio da ofensividade ou lesividade, a efetiva ofensa ou risco tangível de ofensa a um bem jurídico como pressuposto de punibilidade é um princípio resultante do ofício do Direito penal de exclusiva proteção de propriedades jurídicas.

Diversos autores encaram tal princípio como se fosse uma extensão do princípio da intervenção mínima. Entende-se com Rogério de Souza Greco (2017) que, de um lado, portanto, a intervenção mínima determina que acarretará em punição somente a conduta que ofende bem jurídico relevante. Do outro lado, a lesividade estabelece quais são estas condutas que podem sofrer punições conforme o direito penal, aliás, determinará quais condutas não são passíveis de penalidades.

No expressar de SILVESTRONI (2013,p.45), “o Estado não pode se meter com os cidadãos a menos que suas condutas afetem os demais. Este princípio é símbolo para o Direito penal liberal”.

Como tal princípio vislumbra aquilo que não pode ser punido penalmente, tem-se alguns critérios que deverão ser levados em conta todas as vezes que se cogitar penalizar algum indivíduo com base em alguma conduta praticada.

Dessa forma, Nilo Batista (2007) estabelece que não é possível incriminar atitudes internas, nem atitudes que não ultrapassem a esfera do autor, também não se pode incriminar condutas baseadas em simples estados ou condições existenciais e nem condutas desviadas que não ofendem nenhum bem jurídico relevante.

Atitudes internas são aquelas que só existem no plano interior do indivíduo, como pensamentos, ideias, sentimentos e vontades. Elas não se exteriorizam, não passam a existir no mundo externo. Dessa forma, afirma Rogério Greco (2017) que *cogitationis poenam nemo patitur*, isto é, aquilo que se pensa ou sente não é suficiente para caracterizar a incriminação de alguém.

Atitudes que não ultrapassem a esfera do autor não podem ser consideradas crimes, pois é necessário que um terceiro tenha seu direito lesado ou ameaçado. Grande exemplo dessa proibição é o caso da autolesão, pois não ultrapassa o âmbito do próprio autor do dano, mesmo que viole um bem jurídico relevante.

Condutas baseadas em simples estados ou condições existentes significa que o agente somente pode ser penalizado por aquilo que ele pratica, não por aquilo que ele é. Dessa forma, configura-se a ideia do direito penal da ação, e não o direito penal do autor, pois, se assim o fosse, o fato de ser algo justificaria a incriminação da

pessoa, o que não pode prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que é necessária a presença da conduta humana.

Como já foi dito no decorrer deste trabalho, para que se tenha a incidência do direito penal em alguma situação jurídica, é preciso que este seja empregado como última instância, desde que a conduta praticada tenha sido capaz de ofender algum bem jurídico relevante. Nestes moldes, entende-se por conduta desviada aquela que é censurada pelo meio social, que não causa boa impressão. Entretanto, ainda que não seja aprovada pela sociedade, não se pode criminalizar, por exemplo, alguém que possui a mania de mentir, ou alguém que não valoriza a higiene pessoal ou alguém que se utiliza de práticas sexuais diferenciadas.

Com base no exposto, percebe-se que as quatro funções do princípio da lesividade ou ofensividade se realizam no momento em que restringem a atuação do Estado, ou seja, tais finalidades servem para aniquilar as injustiças e o abuso do poder advindos do ordenamento jurídico.

## *2.7 Princípio da Adequação Social*

Luiz Régis Prado disserta que

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar da conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida estoricamente condicionada. (2004, p. 60)

Neste viés, o princípio da adequação social possui duas finalidades, quais sejam: limitar a dimensão do tipo penal e, conseqüentemente, deletar as condutas que se mostram adequadas e compreendidas pelo meio social; bem como guiar o legislador na criação de normas que tendem a proteger aqueles bens jurídicos de maior importância.

Em outras palavras, o direito penal não pode ser utilizado para punir comportamentos que sejam considerados “normais” perante toda uma sociedade, desde que estes tenham passado pelo critério subjetivo de aceitação da coletividade, confirmando, dessa forma, a aplicação de tal princípio por tais condutas terem se tornado minimamente adequadas.

Entretanto, cumpre-se afirmar que a adequação social não possui a função de revogar tipos penais ou de afastar sua incidência por si só. Essa tarefa não cabe a este princípio, uma vez que somente uma norma pode revogar outra, segundo o artigo

2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim sendo, mesmo que exista um tipo penal que incrimine tal conduta que atualmente não é mais vista como lesiva, o princípio da adequação social não pode declarar a revogação do tipo penal em questão, por não ter poder para isso.

Vários são os exemplos que se aplicou o princípio da adequação social, como o adultério, que antes tinha amparo no artigo 240 do Código Penal Brasileiro e atualmente deixou de ser crime por ter passado pelo juízo de aceitação pela sociedade brasileira, tendo o legislador adequado tal comportamento retirando o tipo incriminador para situações que o envolvam.

Por outro lado, diversos outros casos foram pelo lado do critério subjetivo de negação do uso de tal princípio, como, por exemplo, a venda de produtos piratas, em que os tribunais já se posicionaram no sentido de considerar a conduta típica e decidir pela inaplicabilidade do princípio da adequação social.

## *2.8 Princípio da Proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade, como o próprio nome já diz, significa a aplicação daquilo que é considerado proporcional. Destarte, é um princípio constitucional implícito e possui como finalidade o cumprimento proporcional de alguma sanção empregada.

Um juízo de ponderação deve ser feito partindo da análise da gravidade do fato e da gravidade da pena. Isto é, primeiro leva em conta o bem jurídico afetado para depois sobrepor uma penalidade justa e proporcional.

O instituto da proporcionalidade possui dois destinatários. Primeiramente, se destina ao legislador, uma vez que cabe a ele proceder com a indicação das penas proporcionais, em sentido abstrato; e, em seguida, destina-se ao julgador do caso, pois este possui a incumbência de aplicar as penalidades disponíveis ao infrator da norma, desde que se aplique nos ditames da lei.

Por este ângulo, ainda deve-se frisar os dois aspectos essenciais do princípio em comento: a proibição do excesso e proibição de proteção deficiente. Neste sentido, Cleber Masson alude:

Inicialmente, constitui-se em proibição ao excesso, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a proibição insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta. (2011, p. 94)

Entende-se, portanto, que a proibição do excesso se justifica na proteção da liberdade individual do agente, tendo em vista que proíbe a aplicação de penalidades desnecessárias quando a conduta não se demonstra inteiramente significativa a ponto de ser estritamente punida, ou até mesmo quando a conduta é passível de punição, mas aplica-se uma sanção extremamente excessiva, sem respeitar os direitos do próprio indivíduo.

Já a proibição de proteção deficiente é o sentido contrário da premissa anterior. Assim, é inadmissível que um direito assegurado pela Constituição seja assegurado de forma indevida, deficiente, insuficiente. É proibida a aplicação de penas que fiquem aquém do mínimo que deveria ser aplicado. Por esta razão tal princípio também se justifica, pois assim como não deve ser implantada pena excessiva, também não pode ser empregada pena escassa.

### **3 A LEI DAS DROGAS: a importância do artigo 28**

#### *3.1 Reflexos das alterações trazidas pelo artigo 28 da lei*

Um dos principais objetivos deste trabalho é fazer com que se compreenda que a problemática das drogas deve ser vista primeiramente como questão de saúde pública. Por estar neste patamar, busca-se aprimorar o bem-estar e o convívio social da população.

Neste viés, deve-se encarar que existe duas espécies de consumidores de substâncias ilícitas: o usuário e o dependente químico. Em breves linhas, o dependente químico não é somente aquela pessoa que se utiliza dos entorpecentes porque é descolado, atrativo e estimulante, tal qual o usuário. A dependência é considerada doença, uma vez que o indivíduo perde o controle quando não tem a droga ao seu alcance, o que acarreta comportamentos e reações estranhas e duvidosas que, se assim não o fosse, seriam diferentes.

Tendo as noções básicas acima elencadas, parte-se para o estudo analítico da nova Lei de Drogas, 11.343/2006, lei esta que revogou a lei 6.368/76, trouxe em seu rol diversas mudanças em função dos usuários de drogas, bem como ao traficante. A nova lei de drogas possui aplicação em todo âmbito jurídico nacional, em que abarca a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Com a proteção da saúde pública, a nova Lei criou o Sisnad (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) que possui a finalidade de comandar a prevenção do uso indevido e a necessária cautela com aqueles que consomem e são dependentes das substâncias ilícitas, além de trazer as políticas públicas visando a repressão à manipulação não autorizada e o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes. Muitos outros objetivos também merecem destaque, como é o caso da ressocialização do usuário de drogas no seu meio social e a promoção do conhecimento sobre entorpecentes no país.

Não obstante as melhores intenções do legislador pátrio em relação à criação da nova lei de drogas, é fundamental ressaltar que tal diploma legal não ficou isento de críticas, já que para grande linha doutrinária as questões sobre as drogas poderiam ter sido elevadas de forma mais significativa para o país. Para melhor esclarecer o exposto acima, vejamos posicionamento de Pinheiro Júnior:



Neste contexto, o legislador brasileiro deveria ter explorado com muito mais acuidade a fonte inspiradora da Lei n. 11.343/06 - a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Chamada Convenção de Viena - de forma a buscar uma resposta penal muito mais eficaz a tão grave forma de delinquência. Confrontando nossa nova Lei de Drogas com a legislação de outros países, inspiradas ou não pela Convenção de Viena, chegaremos a triste conclusão que a nossa nova Lei já não era tão nova assim ao tempo de sua promulgação. (JUSNAVIGANDI, acesso em outubro de 2018).

Existem ainda alguns juristas que entendem que a lei 11.343/2006 estabelece um status de norma penal em branco, isto é, não há um rol específico das drogas que seriam proibidas no país. Vejamos a análise feita por Guilherme de Souza Nucci:

Continua a Lei de Drogas a ser uma norma penal em branco, há órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde, encarregado do controle das drogas em geral, no Brasil, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editando a relação das substâncias entorpecentes proibidas. (NUCCI, 2009, p. 553).

Neste caso, a eficácia social almejada pela nova lei de drogas não é muito perceptível no âmbito social. Da mesma forma de muitos outros mandamentos específicos do ordenamento jurídico brasileiro, a lei 11.343/06 padece com o antigo argumento de ser favorável à sociedade no plano abstrato, mas deixou muito a desejar no âmbito objetivo e prático.

As opiniões em relação ao grau de ofensividade da conduta do agente que usa a droga estão cada vez mais disseminadas. A orientação é a de que o uso das drogas volta seu potencial danoso principalmente, senão exclusivamente, para a própria pessoa que está usando a droga. Conforme Isaac Sabbá Guimarães:

Deverá haver um apelo para a noção de adequação da norma jurídico-penal à ordem social vigente. Assim, se a constituição reconhecer o pluralismo da sociedade brasileira (preâmbulo da CR), deverá vigor um regime de maior tolerância e respeito pela autodeterminação de cada indivíduo, inclusive em relação às suas opções de vida (desde que não afetem a harmonia e os valores da sociedade), mesmo que sejam autodestrutivas. Sob o princípio da proporcionalidade, deverá, ainda, a lei penal mostrar-se necessária para a solução de certos conflitos ou problemas sociais. Quer isto dizer que, havendo um convencimento prévio de que os fenômenos do uso e da dependência são verdadeiros problemas de saúde, deixará a lei penal de ser necessária. Além do mais, correlacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, poderíamos referir que a lei penal cria estigmas indelévels na pessoa de um doente (o tóxico dependente), já que ele passa a ser tratado como um autêntico criminoso. (GUIMARÃES, 2016, p.17).

Com isso, explica-se que a nova Lei busca prestar o mínimo de auxílio ao usuário de drogas, com o fim de esclarecer o problema que é primeiramente de saúde pública do que efetivamente criminal.

Em busca da melhor compreensão deste trabalho, é justo afirmar que os requisitos para que se possa determinar que as substâncias auferidas são para consumo pessoal são subjetivos. Isto é, o magistrado deve levar em conta a natureza e quantidade da droga, bem como o lugar e circunstâncias que ocorreu o fato. Outrossim, deve também observar as condições sociais e pessoais do indivíduo. Seu comportamento e antecedentes também ajudam a identificar no caso concreto se o agente pode ou não ser considerado simples usuário.

Apesar de tais posicionamentos distintos, observa-se que foram criadas várias modificações na nova Lei de Drogas quanto à figura do usuário. Por exemplo, duas novas ações passaram a ser consideradas típicas: depositar e transportar drogas, houve também a substituição da expressão “substâncias entorpecentes” por “drogas” e a indicação da dependência física ou psíquica causadas por entorpecentes. A pena privativa de liberdade para os usuários de drogas não mais existe, pois foi substituída por outras penas, como a advertência, prestação de serviços e medidas educativas. Aquele que usufrui a droga para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas reservadas à manipulação de pequena quantidade de substância ou produto apto a provocar dependência química também teve sua conduta tipificada. (BRASIL, 2006).

A Lei 6.368/76, que já foi revogada, trazia em seu artigo 12, §1º, várias condutas destinadas à produção do entorpecente ou de substância que enseje a dependência física ou psíquica, como as funções de semear, cultivar ou fazer colheita da planta. Entretanto, tais comportamentos constituíam, na verdade, crime equiparado ao tráfico de drogas, causando várias discussões na esfera penal, pois restava dúvidas sobre a aplicação conforme o artigo 12, §1 ou conforme o artigo 16, que abordava sobre o porte de drogas para consumo individual, este já revogado.

Consequentemente, existiam três posições necessárias que ora precisam de análise, quais sejam: o fato condizia com o artigo 16; o fato se relacionava ao artigo 12, §1º; o fato era considerado atípico. O parecer que sobressaia se baseava na primeira posição, tendo como razão a incidência da analogia in bonam parte (Jesus; 2009; p. 49). Explica-se: se não existia a previsão específica para o plantio do consumo das drogas com fins de uso próprio, a solução viável era jogar a conduta na

vala do plantio, equiparando ao tráfico. Sendo assim, para que pudesse ser evitado um ato mais grave, era aplicada a analogia do artigo 16 que tratava de trazer consigo, guardar e adquirir para uso próprio, e nele era enquadrado o plantio com função de uso. Contudo, não parecia ser a atitude correta. Não se previa em lugar algum o plantio para uso próprio, nem mesmo como figura equiparada ao artigo 12, e muito menos como figura analógica ao artigo 16, já que se tratavam de fato atípico, sendo assim uma hipótese não estabelecida como crime vindo a violar o princípio da reserva legal. Pondo fim a esse dilema, tal fato passou a ser considerado crime nos moldes da nova lei de drogas 11.343/2006.

### **3.1.1 Análise sobre a descriminalização**

Segundo GOMES (2006), a finalidade da descriminalização é a de afastar o aspecto criminoso de alguns comportamentos.

Sendo assim, para que alguma conduta seja avaliada como crime, é necessário que para tal crime se tenha uma pena privativa de liberdade. Não havendo, em seu preceito secundário, nenhuma menção a prisão simples, reclusão ou detenção, não se tem a definição de crime para a ordem jurídica brasileira.

A nossa Constituição expressa em seu artigo 5º no inciso X o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada de qualquer cidadão. Neste caso, conforme a lei, o indivíduo pode se valer do direito à intimidade para manter afastados os demais da esfera privada da sua vida, ou seja, o direito secreto de viver sua própria vida, podendo tomar qualquer decisão sobre esta, assim como ter a liberdade externa de agir de acordo com essa decisão de forma livre (BRASIL, 1988).

Portanto, será que esse princípio versa sobre consumo, produção e tráfico de drogas no Brasil? Foi seguindo esse pensamento que se tornou indubitável a precisão de entender a (in)constitucionalidade da criminalização do consumo de drogas no Brasil, em prol do princípio da liberdade individual do ser humano, que no plano normativo é a primeira e a mais significativa maneira de garantia das pessoas, assim como o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do cidadão (BRASIL, 1988).

O consumo de drogas no Estado brasileiro, em especial a cocaína, dobrou em menos de dez anos e já se tornou quatro vezes superior à média mundial.

No ano de 2005, a cocaína consumida pela população brasileira chegava a 0,7% entre pessoas de 12 a 65 anos de idade, conforme apontamento de entidade. Em dezembro de 2011, essa taxa chegou a 1,75%. Conforme os dados estabelecidos pela Organização das Nações Unidas, o consumo brasileiro é superior à média mundial, de 0,4% da população (BATISTA, 2003).

O fato do Brasil estar próximo do mercado produtor de drogas (Colômbia), e por possuir um grande potencial de consumo, tem sido visualizado pelos traficantes como um país que possui altas oportunidades de se obter lucro por meio dessas iniciativas. Essas atividades criminosas não são referentes apenas à produção e a comercialização das drogas, mas sim à violência e à corrupção para que tal ato seja continuado e mantido, já que para ser sustentado o vício, os indivíduos se predispõem a praticar crimes com fins lucrativos, e em grande parte com emprego de violência por conta dos efeitos das drogas (NUCCI, 2009).

Estudos comprovam que são diversos os fatores que levam um indivíduo a fazer uso de algum tipo de droga, e tornando-se até em muitos casos um dependente químico. A pressão de grupos de colegas, problemas familiares, necessidade de se integrar socialmente, busca pelo levantamento da autoestima e até mesmo por curiosidade, são uns dos fatores que levam ao consumo. Um artigo exposto no site SciELO, cujo título é “O adolescente e o uso de drogas”, revela que geralmente é da infância para adolescência que começa o uso das drogas, vejamos:

Os levantamentos epidemiológicos sobre o consumo de álcool e outras drogas entre os jovens no mundo e no Brasil mostram que é na passagem da infância para a adolescência que se inicia esse uso. Nos Estados Unidos, estima-se que cerca de três milhões de crianças e adolescentes fumem tabaco. O álcool é usado pelo menos uma vez por mês por mais de 50% dos estudantes das últimas séries do que corresponde ao nosso ensino médio, sendo que 31% chegam a se embriagar mensalmente. Dryfoos encontrou na população jovem americana (13 a 18 anos) as seguintes taxas de uso de tabaco, álcool e drogas: 12% de fumantes pesados (um maço ou mais ao dia); 15% de bebedores pesados (cinco ou mais doses por dia em três ou mais dias dos últimos 15); 5% fazem uso regular de maconha (20 ou mais dias no último mês); e 30% fazem uso frequente de cocaína (três ou mais vezes no último mês). O uso de drogas varia de acordo com o sexo e, em meninos, esse uso aparece associado com mais frequência à delinquência (PETTA, 2000, não paginado).

Neste caso, a solução mais coerente seria a implementação de programas e atividades que venham a ocupar o tempo das crianças e dos adolescentes, para que não possam ter oportunidades de se envolverem de alguma forma neste mundo das

drogas. Não que viria a extinguir o consumo pelos menores, mas sim que poderia de alguma forma levar a diminuição de pessoas desta faixa etária envolvidas.

O consumo e o uso das drogas não só provocam a dependência do uso, como também pode levar os usuários à morte. É o caso da overdose, dos problemas de saúde e do envolvimento do usuário à violência, já que ao se tornar uma pessoa dependente da droga precisam cada vez mais de uma dose maior da substância, e para sanar seus vícios se prevalecem da violência, se envolvendo em roubos ou em furtos. E no mais drástico caso, quando não conseguem acertar suas dívidas com os traficantes, acabam sendo mortos como forma de pagamento.

Ao verificarmos a realidade enfrentada em prol do tráfico de drogas no Brasil, é indispensável analisarmos o percentual crítico em relação à aplicabilidade jurídica da nova Lei de Drogas que estabeleceu mudanças importantes em sua formatação. Dentre todas as modificações, a que mereceu melhor destaque foi o aumento da pena mínima para o delito exposto no art. 33 desta lei, qual seja:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

Anteriormente, a sanção prevista para esse tipo penal era de pena mínima de três anos, e ao ser modificado na nova Lei, passou a ser de cinco anos, o que vem a impossibilitar a aplicação de medidas alternativas, o que prevalece como único meio de resposta o encarceramento da pessoa condenada.

De acordo com Rosa Del Olmo (2010) a origem do enrijecimento da política que penaliza os delitos referentes às drogas foi por volta do ano 1970, assim que o Brasil respondeu à Convenção Única de Estupefacientes, através da ONU (Organização das Nações Unidas) no ano de 1961, em que criou a Lei 5.726/71 conhecida como a Lei Antitóxicos. A nossa Carta Magna, por sua vez, alegou ser inafiançável e insuscetível de anistia ou graça os delitos de tráfico de drogas, de acordo com o seu artigo 5º, no inciso XLIII.

Na década de 1990, o tráfico de drogas foi incluído na Lei dos Crimes Hediondos e, como era esperado, foi imposta a carga das suas restrições em relação à aplicabilidade das penas. Visto isso, de acordo com Figueiredo, o fato da pena

mínima para o tráfico de drogas ter aumentado em sua nova Lei de Drogas confere certa desproporção à pena sofrida pelo crime. Vejamos:

É de se notar a total desproporcionalidade de uma pena mínima de cinco anos, superior até ao patamar mínimo do crime de roubo, que requer violência ou grave ameaça, além de ter sido mantida, pelo art. 44 da nova lei, a inafiançabilidade do delito, proibida a concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem encarcerados um tempo ainda maior. (FIGUEIREDO, 2006, p.4)

Ou seja, na concepção de Figueiredo, o encarceramento veio a se tornar a forma exclusiva de resposta para o crime de tráfico e por esse motivo o crescimento populacional carcerário vem ocorrendo de forma rápida.

De fato, o crescimento acelerado da população carcerária em todo o País nos últimos anos deu-se em decorrência do endurecimento das penas, e envolveu especialmente os delitos equiparados a hediondos, dentre eles o tráfico de entorpecentes, antes sujeito a regime integralmente fechado. Considera-se, então, a política criminal de drogas no Brasil como um dos fatores que mais contribuiu para o agravamento da população carcerária na última década, situação que só tende a piorar com a nova lei. (FIGUEIREDO, 2006, p.4)

Podemos verificar que a busca pela solução da diminuição do tráfico no Brasil e a conseqüente diminuição dos problemas relacionados à segurança da sociedade por meio do encarceramento tem gerado uma conseqüência diferente da esperada, ou seja, um efeito contrário, já que a quantidade de apenados vem aumentando de forma significativa e, no mais, a violência não tem mostrado sequer um sinal de redução.

Anteriormente, a legislação em relação às drogas era composta pela Lei 6.368/1976 como também pela Lei 10.409/2002, onde esta última tinha como intenção substituir a primeira Lei citada. Contudo, o projeto estava cheio de vícios inconstitucionais e deficiências técnicas, sendo vetado na sua parte penal e aprovado apenas em sua parte processual. Vigorava em relação à parte penal a Lei 6.368/76, em que permaneciam vigentes os atos tipificados nos artigos 12 a 17 desta Lei, assim como o aumento das penas estipulado no artigo 18 e a dirimente prevista no artigo 19. Já em relação ao aspecto processual, vigorava a Lei 10.409/2002, em que estava a matéria regulada nos seus capítulos IV do procedimento de penalidades e V que se referia à instrução criminal. Ou seja, a parte penal permanecia sendo a de 1976, enquanto a parte processual prevalecia a de 2002, tornando-se, assim, um verdadeiro centauro do direito. Surgiu, então, a Lei 11.343/2006 que revogou o artigo 75, ambos os diplomas legais expostos (BRASIL, 2006).

### 3.1.2 Análise sobre a despenalização

A nossa constituição brasileira expressa em seu artigo 5º, no inciso XLIII, que:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

A pena cominada ao crime de tráfico de drogas, tanto na forma simples, como na modalidade equiparada (Lei 11.343/06), traz em seu artigo 33, caput e no §1º, que tal conduta é punível por reclusão de 05 anos a 15 anos, e 500 a 1.500 dias multa. Anteriormente, a Lei 6.368/1976, lei esta que já foi revogada, estabelecia em seu artigo 12, caput, que o tráfico era apenado com reclusão de 03 a 15 anos, sem prejuízo de multa (BRASIL, 2006).

O real objetivo do legislador ao aumentar o patamar mínimo da pena privativa de liberdade, que diz respeito ao tráfico de drogas, foi nada menos do que afastar a discussão atinente ao enquadramento das penas alternativas em crimes que possuíam elevada gravidade, equiparado pelo artigo 5º, inciso XLII da nossa Carta Magna aos crimes hediondos, como mencionado anteriormente (BRASIL, 1988).

Deve ser observado, no entanto, que nas situações onde o agente for primário e que possua bons antecedentes, não estar dedicado a atividades criminosas, nem sequer integrar associações criminosas, as penas privativas de liberdade e multa poderão vir a ser reduzidas de 1/6 a 2/3, conforme dispõe o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Quando ocorrer tal fato, é possível a aplicação da pena abaixo de 04 anos a pessoa condenada pelo crime de tráfico de drogas. Porém, visando afastar qualquer controvérsia, tal Lei não permitiu expressamente que a pena privativa de liberdade fosse substituída por pena restritiva de direitos. É o que fica claro no artigo 33, § 4º e no artigo 44, caput (BRASIL, 2006).

O STF veio a decidir pela inconstitucionalidade das regras que impedem a substituição da pena privada de liberdade, em que considerou uma ofensa ao princípio da individualização da pena. Desta maneira, admite-se a aplicação de penas restritivas de direitos, desde que os requisitos do artigo 44 do código penal estejam presentes.

Para verificar a eficácia erga omnes à determinação do Supremo Tribunal Federal, e auxiliado pelo artigo 52, inciso X da Constituição Federal, o Senado editou a Resolução nº 5, do ano de 2002, onde expressou que: “É suspensa a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS”.

Consta-se que a despenalização é a corrente majoritária no Brasil, sendo inclusive a aceita e defendida pelo Supremo Tribunal Federal e por vários doutrinadores. Com isso, entende-se que tal instituto levou ao artigo 28 da Lei de Drogas uma quebra com o antigo hábito de punir os agentes infratores apenas com a pena privativa de liberdade. Isto é, com base na despenalização, passou-se a compreender que outras punições seriam adequadas que não só a detenção ou reclusão – como a pena restritiva de direito.

De acordo com a Lei 11.343/2006, o consumo de drogas passa a não ser mais um crime privativo de liberdade, ou seja, estabeleceu que aos usuários de drogas as penas fossem menos rígidas, como advertências, prestações de serviços e multas. Vejamos o artigo 28 desta Lei:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I - advertência sobre os efeitos das drogas;  
II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.  
§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (BRASIL, 2006).

Antes o crime previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76 para aqueles que consumiam a droga era punido com a pena de detenção de 06 meses a 02 anos e a pena de multa que equivalia de 20 a 50 dias-multas, em que eram calculados no artigo 38 que já foi revogado por essa mesma Lei. Referia-se, então, a crime de menor potencial ofensivo, onde ficavam sujeitos ao procedimento da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), incidindo igualmente seus institutos despenalizadores, dentro todos os requisitos cabíveis de forma legal (BRASIL, 1995).

Neste caso, teria então tal artigo descriminalizado o consumo de drogas? De acordo com a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o artigo 28 desta Lei não



descriminalizou a conduta, já que existe o crime, mas sim veio a despenalizar em face da supressão da pena privativa de liberdade.

Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. (RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007 (RE-430105))

Neste caso, podemos dizer que o artigo 28 da Lei de drogas criou uma nova definição para crime? A resposta é negativa. A definição de crime, diante do aspecto legal, permanece sendo aquela constante no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, ao passo que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 estabeleceu uma nova definição para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, bem como aos demais crimes de tráfico, associação para o tráfico, financiamento ao tráfico, entre outros (BRASIL. 2006).

No posicionamento do Doutrinador Luiz Flávio Gomes, o artigo 28 da Lei mencionada trata-se de infração *sui generis*, onde está posta no âmbito do direito judicial sancionador. Não é, no entanto, norma penal ou sequer administrativa, já que conforme a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, só é crime se a pena privativa de liberdade estiver prevista, cumulativamente ou alternativamente, o que não vem a acontecer no artigo 28 da nova Lei de Drogas. (Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches da Cunha, William Terra de Oliveira, Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.108/113).

Podemos verificar, no entanto, que há doutrinadores que entendem que não houve a descriminalização do consumo de drogas, uma vez que a conduta permanece possuindo natureza de crime, na medida em que a Lei o mencionou no

capítulo III relativo aos crimes e às penas, e as sanções só podem ser aplicadas pelo juiz da Vara Criminal mediante devido processo legal. E há aqueles que consideram que a nova Lei descriminalizou o consumo de drogas, já que passou a ser uma conduta que não existe mais a pena privativa de liberdade, o que extingiria totalmente tal definição de crime.

### **3.1.3 Análise sobre a legalização**

A grande mudança referente a legalização das drogas aconteceu no ano de 2015, pela Anvisa. Assim, foi liberada a importação de um remédio a base de canabidiol, que é um dos princípios ativos da maconha. Porém, só pode adquirir o paciente com prescrição médica.

Assim:

Existem países que permitem o uso medicinal, mas que também adotam a pena de morte para quem é pego fumando maconha. A principal produtora de remédios à base de CBD no mundo é a China, com 70% do mercado mundial. No entanto, o consumo de maconha é estritamente ilegal entre os chineses. Quem é pego pode ser condenado a três anos de prisão ou pegar a pena máxima do país: o fuzilamento.

Destarte, no Congresso Nacional existe uma gama de propostas para modificação da atual legislação. Como, por exemplo, a proposta do senador Cristovam Buarque do PDT – DF, a sugestão dele é a regulamentação recreativa.

Na Câmara dos Deputados existe um projeto de lei que tenta autorizar a venda e produção de maconha no país, do deputado Jean Wyllys (PSOL – RJ). Em tal proposta, o governo controlaria a comercialização através do registro dos locais de produção e pontos de venda, com o intuito de poder padronizar e inspecionar o produto.

Entretanto, muitos são os pensamentos contrários à legalização do porte de drogas para consumo próprio. Um dos argumentos defendidos por parte dos doutrinadores é que a pena privativa de liberdade deveria ter sido mantida para aqueles que são apenas usuários, e somente se configurada a dependência química ou psicológica, que fosse aplicado o tratamento adequado para aquele caso, por exemplo, a medida de segurança.

Já para outra parte da doutrina, como é o caso de Maria Lúcia Karam (SENADO, 2014) defende que a legalização de todo tipo de droga para fins de

produção, consumo próprio ou comercialização seria o ideal para acabar com o mercado ilegal de drogas, tendo o Estado apenas a tarefa de limitar e fiscalizar estas práticas, como é o caso das drogas permitidas atualmente.

## 4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PORTE DE DROGAS PARA O CONSUMO PESSOAL

### 4.1 o princípio da insignificância

Sabe-se que o princípio da insignificância possui sua derivação ligada ao Direito Romano. Assim, Rabêlo (2012, p.3) discorre que tal princípio surgiu no ápice da Idade Média e se traduzia na expressão *minimis non curat praetor*, ou seja, o juiz do caso concreto deverá desprezar as situações insignificantes para preocupar-se com as questões realmente consideráveis.

Entretanto, há muita divergência quanto ao surgimento desse princípio, pois naquela época não havia muita justificativa para sua aplicação no ordenamento jurídico romano. Neste norte, muitos entendem ter sido na Alemanha a sua criação e evolução histórica.

Não obstante, foi com Roxin (2016) que o princípio da insignificância foi inserido no Direito Penal, na década de 1970, época em que ocorria diversos crimes patrimoniais de menor destaque. Com isso em vista, tal preceito era utilizado com base no alto índice de desemprego e nas condições precárias de alimentação, pois eram delitos tidos como “criminalidade de bagatela”. Diante do exposto, o autor supracitado afirma que o ofício do Direito Penal é proteger os bens jurídicos, trabalhando de maneira subsidiária e eficaz.

De acordo com Roxin (2014), o Direito Penal possui o escopo de tutelar bens jurídicos fundamentais, sendo estes os mais relevantes e dignos de proteção. Sendo assim, não compete ao Direito Penal tutelar situações insignificantes. Nessas circunstâncias, o autor criou a Teoria do Funcionalismo Teleológico ou Moderado, isto é, limitou o campo de incidência do Direito Penal somente para assegurar valores essenciais que devem estar garantidos penalmente.

Por este viés, o princípio em comento limita o campo de atuação do Estado, pois busca selecionar aqueles bens jurídicos de maior relevância para serem objetos do direito penal.

Segundo Manãs (2014, p.45),

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo,

no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.

Para ele, tal premissa é baseada na aceção material do tipo penal, por meio do qual é viável atingir, judicialmente falando, a proposta político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, ainda que formalmente típicas, não atingem de maneira sobressalente os bens jurídicos assegurados pelo Direito Penal.

Em suma:

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. 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. É notável a síntese apresentada por Sanguiné sobre o conteúdo da tipicidade material ao dispor que a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância (LOPES, 2015, p.45).

O princípio da insignificância, popularmente chamado de bagatela, é consequência dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, e deve ser utilizado quando uma pessoa é digna de um comportamento insignificante, não causando violação ou vontade de violação efetiva a certo bem jurídico.

No Brasil, o princípio da insignificância é considerado princípio implícito do Direito Penal, pois está expresso apenas no Código Penal Militar. Apesar da sua essência ser implícita, a insignificância tem sido muito abordada pelos tribunais pátrios principalmente em relação a crimes como roubo, furto e lesão corporal culposa.

Assim, quando há um furto de algum objeto de valor irrisório, como uma lata de refrigerante, por exemplo, e o Parquet interpõe a ação penal baseada no artigo 155 do Código Penal, pergunta-se se a pena aludida naquele dispositivo para tal delito deverá ser aplicada, tendo em vista a circunstância daquele fato (quantidade, valor do objeto, antecedentes, condições pessoais). Chega-se na conclusão, portanto, que aquela conduta praticada tem ensejo naquela sanção, fazendo com que o fato se adeque a norma.

Entretanto, para evitar que haja um sistema carcerário desumano e superlotado em prol de delitos mínimos é que surgiu o princípio da insignificância. Isto posto, o direito penal é tido como última instância, pois primeiro busca-se outras fontes do Direito que possam servir ao caso, e só quando exauridas todas as demais instâncias é que se chama o Direito Penal, que atuará de forma a contemplar apenas os bens jurídicos mais significativos.

Quatro são os requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para que o princípio da insignificância seja colocado em pauta. Tais requisitos também pertencem a outros preceitos atrelados ao direito penal, como é o caso da fragmentariedade e da intervenção mínima, quais sejam: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Explica-se:

A) Mínima ofensividade da conduta do agente: em linhas gerais, busca-se identificar o grau de lesividade que o agente agiu para cometer o crime, e não a lesão que a vítima sofreu. No caso concreto, para seguir com o próximo requisito, é necessário que o potencial lesivo do agente seja baixo, quase mínimo;

B) Nenhuma periculosidade social da ação: a sociedade em geral não pode sofrer nenhum risco;

C) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente: neste caso, a conduta do agente deve ser aceitável e compreensível diante da sociedade, não devendo ser reprovável em larga escala;

D) Inexpressividade da lesão jurídica provocada: aqui é o momento em que se olha para a lesão sofrida pela vítima. Se a lesão foi insignificante e irrelevante, tem-se a inexpressividade da lesão provocada.

Vale constar também que o fato de haver trânsito em julgado da decisão condenatória não afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância, isto é, a tipicidade material, ainda assim, poderá ser desfigurada no caso concreto. Assim,

crimes contra a administração pública, crimes contra o patrimônio e crimes tributários também podem se utilizar dos critérios da insignificância, desde que cabíveis caso a caso.

Por outro lado, a aplicação de tal princípio é limitada quando se fala em crimes com emprego de violência ou grave ameaça. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que não se utiliza o princípio da insignificância em delitos como tráfico internacional de arma de fogo, tendo em vista que é crime de perigo abstrato à segurança pública.

Em resumo, o princípio da insignificância se manifesta no fato típico, que é a primeira essência do crime. Portanto, não havendo fato típico que sustente a conduta praticada, não haverá a caracterização do delito.

#### *4.2 Aplicação do princípio da insignificância no porte de drogas para consumo pessoal*

Estudar Direito Penal requer o aprendizado de alguns princípios essenciais, que baseiam sua incidência no mundo externo e garantem uma melhor eficiência e aplicabilidade nas situações jurídicas. Desta forma, esses princípios são sistematizados em específicos e constitucionais.

Com base no exposto, vale a pena mencionar o artigo 28 da atual Lei de Drogas, pois será de muita utilidade no decorrer deste trabalho. Assim:

[...] Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I - advertência sobre os efeitos das drogas;  
II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo [...]

Conforme visto no transcorrer dos outros capítulos dessa monografia, ROXIN (2012) evidenciou a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na esfera penal. Em sua visão, ele enfatiza que as ofensas irrisórias sofridas pelos bens jurídicos assegurados penalmente precisam ser classificadas como irrelevantes e insignificativas (ESTEFAM, 2010) e, para isso, tem-se como ponto de partida a proteção íntegra, porém subsidiária, dos bens jurídicos que baseiam o Direito Penal.

Em resumo, o artigo 28 referido acima determina condutas que serão passíveis de punição em relação ao uso próprio de drogas sem prévia autorização ou

em desconformidade com decisão legal: adquirir, guardar, possuir em depósito, transportar ou trazer consigo. Torna-se evidente que basta praticar alguma das condutas para estar configurada a incidência do artigo 28 no caso concreto e, por ser dessa forma, pouco importa a quantidade da substância apreendida com o agente infrator.

Em resumo, não se faz um controle quantitativo da droga objeto de estudo do mencionado dispositivo. Sendo a porção ínfima ou desmedida, a tipicidade penal estará caracterizada. Em outras palavras, basta que o agente porte qualquer substância ilícita para seu uso ou que traga consigo uma determinada quantidade de maconha, por exemplo.

Morona (2015) explica bem este fenômeno quando alude que no Direito Penal de Drogas pune-se o consumo com o intuito de impossibilitar uma futura ameaça à ideia geradora dessa inauferível expansibilidade do consumo.

É evidente que vários doutrinadores entendem o uso devido do princípio da insignificância em diversos casos. Porém, quando se trata da aplicação de tal preceito ao porte de drogas para consumo pessoal, o ponto de vista às vezes é modificado. Entende-se que, em alguns casos, o emprego da insignificância é indevido, uma vez que para uma ampla parte da doutrina a posse de drogas para uso próprio é considerado crime de menor potencial ofensivo. É nesse viés que o artigo 28 elencou penas mais leves, menos significativas. Neste contexto, Guilherme Nucci traz o seguinte pensamento:

[...] Crime de bagatela: em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena. Por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado [...] (NUCCI, 2012, p.34).

Assentou-se o entendimento de que o comportamento do indivíduo seria dado como atípico alicerçado na máxima da insignificância desde que estivesse presente na situação concreta algum dos quatro requisitos aduzido pelo STF já mencionados anteriormente. Por conseguinte, a Suprema Corte, ao explicar tais requisitos para aplicação da premissa estudada, focou tanto no teor do comportamento do agente como no resultado que essa conduta causaria. A conduta



praticada deverá ser mínima, isto é, de ofensa irrisória ao bem jurídico tutelado e isso se verifica nos critérios da mínima ofensividade e nenhuma periculosidade social da ação. Já o resultado da conduta empregada é observado nos critérios do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Porém, vale destacar que a concordância unânime do emprego do princípio da insignificância pelo legislador e magistrado em diversos casos práticos da atualidade causam grandes debates na justiça.

A Defensoria Pública e o Superior Tribunal de Justiça entraram em discussão, há pouco tempo, no que se refere ao uso ou não do princípio em comento no caso de importação clandestina de quatorze sementes de maconha por saída postal, importadas da Holanda pelo preço de duzentos reais para plantação e cultivo no Brasil, segundo o Parquet.

Dado este fato, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispensou a insignificância, determinando a relevância da denúncia por suposta execução do tráfico internacional dessas sementes.

Por outro lado, a Justiça de São Paulo, conhecida por outros casos como conservadora e tradicional, ao observar que a pequena quantidade das sementes apreendidas não poderia ameaçar nenhum bem jurídico relevante relacionado ao crime de contrabando, adotou o princípio da insignificância neste caso e denegou a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

O Ministro Jorge Mussi, em sede de decisão monocrática de recurso *sui generis* para o STJ, apoiou-se no recurso que insistia pelo afastamento do princípio da insignificância, pelas razões de não ser devida a aplicação desse princípio em casos relacionados a entorpecentes. Conforme pode ser visto abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. DELITO PREVISTO NO ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI N. 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que "A importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006" (EDcl no AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016). 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, não é cabível a aplicação do princípio da insignificância na hipótese de importação clandestina de produtos lesivos à saúde pública, em especial a semente de maconha. 3. Agravo regimental desprovido.

Embora a ínfima quantidade da droga apreendida não caracterize risco ou ameaça à saúde pública e nem viole nenhum bem jurídico acolhido pelo Direito Penal, cabendo inegavelmente a aplicação da insignificância. Dessa forma:

Por conseguinte, a importação de sementes não inscritas no Registro Nacional de Cultivares, como no caso em tela, configura, em tese, o crime de contrabando, que tipifica a importação e a exportação de mercadorias proibidas. Documento: 1589592 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 11/04/2017 Página 5 de 4 Superior Tribunal de Justiça Não se olvida que, em regra, o princípio da insignificância é inaplicável ao crime de contrabando. No entanto, é necessário verificar as peculiaridades do caso concreto para se afastar de plano a incidência do referido princípio, sob pena de se punir condutas que, não obstante formalmente típicas, não causam lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. In casu, considerando que a conduta consistiu na importação de 14 (quatorze) sementes de maconha, encontram-se presentes os parâmetros considerados pelos Tribunais Superiores para o reconhecimento da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica. (AgRg no recurso especial n 1.637.113 – SP 2016/0293326-4, fls. 138)

Porém, a aplicação do princípio da insignificância no caso narrado não foi aceita, tendo como razão a sua não serventia quando se fala em crimes de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente por se tratar de crime de perigo presumido.

Em contrapartida, se o uso de tal princípio fosse adequado, as políticas de prevenção e combate às drogas seriam, de certa forma, banalizadas. Como a ideia central no cerne das drogas quanto ao seu uso próprio é a reinserção da pessoa que consome o entorpecente na sociedade, os serviços terapêuticos estariam com déficit na sua finalidade.

Em outros dizeres, a premissa básica é que se busca um bem social e não somente exclusivo. Então, a partir da aplicação de tal instituto, as metas a serem alcançadas por essas políticas que visam reinserir o agente na comunidade ficam obstadas, uma vez que não seria aplicada nenhuma reinserção ou providência preventiva para a recuperação deste.

Abaixo pode ser visto outro posicionamento do STJ quanto ao uso pessoal de quatro porções de cocaína apreendidas no peso de 0,46g:

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)

É justo enfatizar que o consumo das drogas é questão de saúde pública antes mesmo de ser questão discutida no direito penal. Portanto, a conduta praticada por si só já é vista como ofensiva, pois não precisa que haja alguma ofensa legítima a um bem jurídico. Nestes moldes, ter a posse do entorpecente com a justificativa que é para seu próprio uso acaba interferindo não só na vida íntima do indivíduo, mas também todo o meio social em que se vive.

No entanto, de acordo com as questões apresentadas, atenta-se que a aplicação do princípio supracitado se sustenta nas considerações positivas de que a porção irrisória da substância não é questão de saúde pública, cabendo ao Direito Penal fazer uso do princípio por entender cabível ao caso perante os requisitos necessários para a aplicação.

O Supremo Tribunal Federal, diferentemente do Superior Tribunal e Justiça, em sede de Habeas Corpus n. 110.475, em que o ministro Dias Toffoli foi relator, empregou o princípio da insignificância em relação ao porte ilegal de 0,6 gramas de maconha. Nesse sentido:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFINA 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.

Nesse quesito, entendeu o ministro que a situação está embasada nos quatro requisitos para utilização do princípio da insignificância. Sendo assim, estaria amparado constitucionalmente para seguir com a aplicação.

Também se vislumbrou que a ínfima porção da droga apreendida não caracteriza perigo à saúde pública nem do próprio agente nem de terceiros. Ademais, não é justo que se puna um indivíduo que não demonstra perigo para a sociedade em geral com base apenas na premissa de que crimes que envolvam entorpecentes são crimes de perigo abstrato. É preciso que se vá mais além, entendendo por bem analisar os princípios constitucionais da lesividade de acordo com o caso concreto.

Por esse ângulo, é lógico que o artigo 28 da Lei 11.343/06 deve ser interpretado conforme os princípios trazidos pela Carta Magna, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tal premissa busca assegurar uma gama de direitos que podem sofrer ameaça ou lesão a qualquer momento.

À vista disso, Roberto Soares Garcia alude que a essência de tal dispositivo ofende preceitos básicos do ser humano, como a intimidade e vida privada, tendo em vista que as ações das pessoas que não ultrapassem sua esfera individual devem ser tratadas conforme a liberdade de cada um. Para ele, as pessoas possuem autonomia e liberdade para gerirem a sua vida, não devendo o Estado intervir ou se manifestar a respeito da intimidade que cada indivíduo tem garantida. O autor ainda enfatiza que se os atos dessas pessoas vierem a ofender outros indivíduos, deverão responder criminalmente, mas não com base no artigo 28 desta Lei (GARCIA, 2012).

Por outro lado, também há posicionamentos do STF contrários à aplicabilidade da insignificância, conforme pode ser visto na jurisprudência abaixo:

EMENTA: 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.

(HC n. 102.940/ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1T, DJe 6.4.2011).

Dessa forma, a Suprema Corte tem entendimentos bem parecidos com o STJ, utilizando dos mesmos argumentos para defender que não é devida a aplicação da insignificância no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Como foi visto, os tribunais brasileiros não possuem um único entendimento firmado quanto ao assunto, ora se valendo da devida aplicação do instituto da insignificância, ora rejeitando-o. A questão não é absoluta, devendo ser analisada caso a caso com base nos ditames constitucionais assegurados pela Constituição Federal.

Nesse sentido, WANDERLEY (2015) alude que os quatro requisitos do princípio da insignificância deverão sempre ser questionados para concluir ou não pela atipicidade material. Além disso, deve-se analisar não somente o aspecto presumido do delito, pois não se pode abrir mão de observar preceitos como lesividade, ofensividade e intervenção mínima conforme a conduta cometida.

Nesta linha de raciocínio, o princípio da insignificância ganha cada vez maior magnitude na seara do Direito Penal. Isto porque é vivido atualmente o desenvolvimento das correntes defensoras do garantismo penal, direito penal mínimo e de um direito penal que atua conforme princípios constitucionais. A recente existência da justiça criminal traz à tona que o objetivo do Estado é o de garantir aquilo que está contido na lei, mas sempre estando em conformidade com o Estado Democrático de Direito, ou seja, deve apenas restringir a liberdade e a autonomia dos cidadãos somente quando fundamental à manutenção da sociedade.

Por fim, enfatiza-se novamente que o Direito Penal precisa tentar tutelar somente bens jurídicos sobressalentes, deixando as garantias essenciais das

pessoas no mínimo asseguradas. Desse modo, surge o emprego do princípio da insignificância, que é consequência dos institutos da subsidiariedade e fragmentariedade, como já visto anteriormente. Assim, deve-se examinar não somente a tipicidade extraída de uma conduta, mas também sua significância material como um todo.

Após o estudo do princípio da insignificância, esta monografia buscou avaliar a possibilidade de sua aplicação referente à infração esperada no texto do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que diz respeito ao porte de drogas para uso próprio.

O presente trabalho demonstrou o quanto é extensa a controvérsia sobre o conteúdo. Existe posições distintas nos Tribunais Superiores sobre esse assunto, também não consolidadas ou absolutas.

De acordo com o conhecimento majoritário, trata-se de uma infração que influencia a saúde pública, definida por ser um crime de ameaça presumida.

Assim:

[...] a utilização genérica do princípio da insignificância na prática do crime em questão [...], praticamente teria efeito semelhante ao de um *abolitio criminis* judicial, visto que a grande maioria dos casos enquadrados nesse tipo penal envolve como autores, portadores de pequena quantidade da droga, quantidade esta que, dependendo do usuário, já pode trazer efeitos os quais a norma penal visa combater, atingindo, dentre outros bens jurídicos tutelados pela norma, a saúde pública e a paz social ( SOUZA, 2010, p.56)

Com o surgimento da nova Lei 11.343/06, fica evidente que o legislador acabou trazendo uma descarcerização em relação ao usuário de drogas e não uma descriminalização que muito é defendida por vários estudiosos do tema.

No qual pese ser um princípio surpreendentemente válido e preciso para o Direito Penal, entendemos que o princípio da insignificância deverá ser sempre colocado em pauta, porém, só deverá ser aplicado se realmente estiver muito claro de que aquilo é o certo a se fazer. Não o sendo, o princípio deverá ser rejeitado.

É sabido que os prejuízos do comportamento do utente de drogas não se limitam somente a sua pessoa. Esse mercado ilegal gera grandes riscos para toda a população, principalmente por se entender que é o próprio usuário que movimenta esse comércio ilegal. Outrossim, ao passo que a mercância da droga cresce em contradição com a lei, pode surgir também uma comercialização ilegal de armas para confirmar este sistema, em que policiais são corrompidos, roubos e homicídios são realizados e crianças são levadas para incluir este cenário.

Resumindo, o uso de drogas é uma ameaça a toda sociedade e não apenas àquele que consome. A aplicação do princípio da insignificância e a racional atipicidade material do comportamento, estimularia esse comércio ilegal como vários outros, fomentando a criminalidade e fazendo-a crescer em números exorbitantes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi expressado, o tema da presente monografia analisa a aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28 da Lei 11.343/06, dando ênfase aos institutos da descriminalização, despenalização e legalização do porte de drogas para consumo próprio.

Primeiramente, perceber o caos e os problemas que as drogas trazem para o país é muito fácil, visto que se tornou uma realidade enfrentada no mundo todo. Diversas leis já foram criadas com o objetivo único de tentar contê-las, porém nunca conseguiram fazer com que o consumo e a venda das drogas chegassem ao fim, tendo como consequência grandes malefícios para os usuários e sociedade num geral.

As drogas aglomeram tanto as sensações por ora atraentes como as não desejadas. Destarte, na mesma proporção que servem como estimulantes ou sedativos, também suprimem as competências individuais, como a criatividade e o estado de alerta, além de perturbarem os pensamentos. Por consequência, os atos destes indivíduos tornam-se indevidos e devastadores.

Para alguns doutrinadores, a criação da nova lei de drogas 11.343/2006 não veio a beneficiar as pessoas “de bem”, já que em sua visão, ao invés de tornar o consumo de drogas um ato de caráter penal rígido, acabou não trazendo nenhuma medida contundente ao usuário de drogas, uma vez que favoreceu o consumo do entorpecente e colaborou com a impunidade e o vício, visando ainda que toda e qualquer pessoa abordada com a droga, sendo ou não usuário, alega estar com a mesma para consumo pessoal, deixando assim as autoridades policiais isentas de prendê-la em flagrante, sendo necessário apenas assinar um termo circunstanciado.

Partindo da premissa de que a teoria adotada pelo Brasil possui a finalidade de aplicar penas eficazes que causem o mínimo de danos possíveis ao apenado, e que tais sanções devam ser cumpridas em condições que preservem a dignidade do homem e que possibilitem os seus objetivos finais, que é a prevenção e ressocialização da pessoa, percebe-se que o atual sistema carcerário aplicado no Brasil não tem contribuído efetivamente para o alcance de tais objetivos.

É certo que existe um considerado percentual de usuários inofensivos, que usam as drogas para consumo próprio e não prejudicam nenhum indivíduo. Ao serem presos, acabam saindo da prisão não mais como um dependente químico, mas sim



como um verdadeiro criminoso devido à falta de incentivo que estimule a sua ressocialização. Contudo, para a sociedade este percentual não justifica a grande quantidade de usuários que praticam o mal na sociedade por meio dos efeitos das drogas ou para consumi-las.

Lamentavelmente, grande parte dos consumidores de drogas não percebem que o mal que causam está muito longe de ser prejudicial apenas para si, como muitos afirmam. Não percebem que o seu vício é alimentado com sangue e lágrimas de muitos. É importante considerar que, se não houvesse consumidores, não existiria esse mercado infame das drogas, no qual os traficantes só vêm a enriquecer à custa dos dependentes.

Outro fato bastante relevante é que o tráfico de drogas se alimenta da verba das vendas desses entorpecentes, e as pessoas que comprem são justamente quem é usuário e dependente. Sendo assim, o Estado não poderia simplesmente alegar que o usuário de drogas não comete crimes, visto que ele fomenta o tráfico e estimula diversos crimes associados ao mercado ilegal das drogas. Deveriam impor em vez de uma simples advertência, uma pena de reclusão para tratamento involuntário ou compulsório, pois tal ato tiraria os dependentes retirados do convívio social e os colocaria em centros de tratamento por tempo determinado, o que poderia ocasionar em uma recuperação para seu vício.

A violência trazida pelos usuários também não vem a ficar em descaso, já que grande parte das mortes no Brasil ocorre através de assaltos e acertos de contas. A busca insaciável pela droga, a fim de minimizar seus vícios, torna cada vez mais os dependentes bem agressivos e inconsequentes de suas ações. É facilmente perceptível em jornais e documentários, famílias sendo destruídas e uma sociedade vivendo em prol do medo. Tal fato deveria ser levado a sério pelo poder estatal, levando em conta que o bem maior que deve ser zelado conforme a nossa constituição Federal é a vida.

Não existe distinção de classe social entre os consumidores, contudo, os maiores envolvidos estão entre os moradores da favela, devido à falta de oportunidades de empregos e entretenimento para os jovens de baixa renda vem a custar caro para toda sociedade.

Esse medo que a população tem vivenciado faz com que as pessoas não possam sequer sair de casa para passear com seus filhos, sem correr o risco de serem assaltados ou agredidos na rua. A violência causada pelos efeitos e pela obtenção de

mais drogas ocorre em todos os lugares, seja na escola, nas ruas e até mesmo dentro da própria casa. A incontrolável obsessão pela compra da droga enriquece nada menos que os traficantes, em que a procura por tais substâncias tem sido tão grande, que o crescimento desse mercado ilegal vem aumentando cada dia mais.

Em vista do cenário da fácil obtenção e até mesmo, dependendo da droga, o baixo custo, denota-se um número expressivo de usuários, independente da fiscalização, realizando sua compra e consumo. Os chefões dos tráficos não deixam de serem os verdadeiros beneficiados.

A situação apresentada é bastante preocupante, uma vez que se verifica que a política proibicionista não logrou êxito, pois o tráfico de drogas continua vigente e o número de consumidores continua crescendo de forma abundante. Em consequência, muitos crimes são cometidos, muitas famílias vêm sendo destruídas, o mercado ilegal segue em crescimento e muitas mortes violentas continuarão sendo registradas.

Sendo assim, as ações institucionais devem ser pautadas através de ações de inteligência por meio dos policiais, que devem tentar atingir principalmente os líderes do tráfico, conhecidos como “peixes grandes”. A prisão unicamente dos vendedores das drogas é totalmente ineficaz, já que estes podem ser rapidamente substituídos por outros traficantes, ou seja, não é uma solução plausível. Por sua vez, ao atingir os líderes, acaba por implodir toda a estrutura da facção organizada do crime.

O tema em estudo é extremamente complexo, tanto que é verdade que até o presente momento, não se conseguiu adotar uma política eficaz de combate às drogas.

Este trabalho, portanto, buscou analisar o princípio da insignificância frente à Lei de Drogas, especialmente no que tange ao artigo 28 da mencionada lei. Desta forma, observou-se as especificidades do princípio em comento, a sua aplicabilidade e características, bem como trouxe a complexidade da Lei 11.343/06 e os ditames do seu artigo 28.

Em suma, entende-se que a aplicação do princípio no artigo 28 da lei 11.343/06 é mais confusa do que parece ser. Sabe-se que os prejuízos do uso de drogas não terminam na esfera individual da pessoa, pois alcança a sociedade como um todo. Assim, por perceber que o uso de substâncias ilícitas acarreta uma situação

de risco e dano à população, além de expor a sociedade e a saúde pública ao crescimento do vício, posiciona-se contra a aplicação da insignificância perante o artigo 28 da Lei 11.343/06.

## REFERÊNCIAS

- ALTAFIN, Iara Guimarães. **Apoio à descriminalização do porte de droga para consumo pessoal prevalece em debate**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/05/20/apoio-a-descriminalizacao-do-porte-de-droga-para-consumo-pessoal-prevalece-em-debate>; Acesso em outubro de 2018.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revnn, 11ª edição, 2007.
- BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. (Revogada). In: CARVALHO, Sallo de. **A política criminal das drogas no Brasil**; Rio de Janeiro: Luam, 1997. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm). Acesso em outubro de 2018.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **O Supremo Tribunal Federal, o tráfico de drogas e as penas alternativas**; p. 134. 1999.
- CADEIRA, Zélia Freire. **Drogas, indivíduo e família: um estudo de relações singulares**. Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 1999.
- CONTE, Marta et. al. **Desvio, Loucuras e Toxicomanias: Leituras desde a Filosofia, a Psicologia e a Psicanálise**. Revista de Estudos Criminais. Sapucaia do Sul, v.8, n.29, pg. 81-86. 2008.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema penal**; Ed. Lítero - Técnica; 1980, p. 420.
- FIGUEIREDO, Luciana Boiteux de. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.
- FILHO, Aluísio Bezerra. **Lei Antidrogas Aplicada e Comentada**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2010.
- FILHO, Vicente Greco; **Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343-2006**; São Paulo; Saraiva; 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de; **Nova Lei de Drogas comentada**, Editora RT. 1ª edição. São Paulo – SP, p. 108-113. 2006.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas**. In: REALE JR, Miguel (Coord.). **Drogas: Aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Vicente Filho. **Tóxicos: Prevenção Repressão**. São Paulo: Editora Saraiva. p. 61. 2009.

JESUS; de Damásio; **Lei Antitóxicos anotada**; São Paulo, Editora Saraiva, p. 49.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003

MATHIASSEN; Bo. **Políticas sobre drogas na América Latina**; 2011.

MOTHÉ, Márcio Fernandes; **Drogas e Criminalidade Urbana**. Ministério da Justiça –MJ Publicação de internet. Disponível em <http://www.comunidadessegura.org/pt-br/DOSSIE-drogas-um-desafio-latino-americano>; Acesso em outubro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Claudete J. de; **O enfrentamento da dependência do álcool e outras drogas pelo estado brasileiro**. Saúde e Serviço Social. São Paulo: Cortez, 2004.

OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**; Rio de Janeiro: Revan, 1990; p 45.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Problemas Sociais, políticas públicas: o caso do tóxico**. In: ZALUAR, Alba (Org.). Drogas e Cidadania. São Paulo: Brasiliense; 1994.

PORTAL G1; **STF julga se posse de droga é crime**; Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/stf-julga-se-posse-de-droga-e-crime-confira-decisoes-recentes-do-tribunal.html>; Acesso em outubro de 2018.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral**. Vol 8º ed ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista tribunais; 2008.

STJ; **DECISÕES DO STJ**. Publicado em 2016. [www.stj.jus.br/decisoesdostjreforcampoliticadecombateaotraficodedrogas](http://www.stj.jus.br/decisoesdostjreforcampoliticadecombateaotraficodedrogas). Acesso em outubro de 2018.

VIEGAS, Marcela Walcacer. **A aplicação do princípio da insignificância ao artigo 28 da Lei 11.343/06**. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6075/1/21012083.pdf>. Acesso em outubro de 2018

ZALUAR, A.; **Drogas e cidadania: repressão ou redução de risco**. São Paulo: Brasiliense; 1999; p. 106.