

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL

Gabriela Santos Garcia de Araújo¹
Orientador: Rafaela Cerqueira Alban²

Resumo

Trata-se de artigo científico voltado ao estudo da jurisprudência brasileira no que se refere à aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para uso pessoal, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Analisa-se o contexto histórico do princípio da insignificância e da criminalização do uso de entorpecentes no Brasil, a política de “Guerra às Drogas” e a compatibilidade da incidência do postulado da insignificância nos casos concretos relacionados ao uso de entorpecentes.

Palavras-chave: Insignificância, porte de drogas, usuário de entorpecente, política criminal de drogas.

Abstract

This is a scientific article that studies the Brazilian jurisprudence about the incidence of the principle of insignificance in the crime of drug possession for personal consumption, foreseen in art. 28 of the Law nº 11.343/06. It's analyzed the historical context of the principle of insignificance and of the criminalization of drug possession for personal consumption in Brazil, the policy about “War on Drugs” and the compatibility of the incidence of the principle of insignificance in concrete cases related to drug possession in general.

Keywords Insignificante, drug possession, drug user, criminal policy about drugs.

1. INTRODUÇÃO

Considerando os desdobramentos decorrentes do excesso de punitivismo quando se trata de crimes relacionados aos entorpecentes, especialmente no Brasil, apresenta-se como marco teórico deste artigo a crítica à política de “Guerra às drogas”, especialmente através da forma como o poder judiciário tem se utilizado de artifícios para suprimir os direitos do cidadão em prol de um recrudescimento penal nos crimes desse jaez.

Nesse sentido, explica VALOIS (2020), as garantias do cidadão estão sendo atingidas de diversas formas em nome da famigerada “Guerra às Drogas”, trazendo não apenas uma ampliação das normas incriminadoras nos crimes relacionados aos entorpecentes, mas, também, enfraquecendo todo o conjunto dos direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos (VALOIS, 2020, p. 428).

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós graduanda em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador. Assessora Jurídica de Promotoria do Ministério Público do Estado da Bahia.

2 Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora substituta de Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Advogada.

O presente trabalho, portanto, foi estruturado a partir da crítica supracitada, tratando-se de artigo acadêmico direcionado a fazer uma análise da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, de grande valia dentro do sistema penal garantista, no crime de posse de drogas para uso pessoal, a partir de uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Com essa finalidade, o trabalho foi direcionado em três tópicos. O primeiro, discorre sobre o postulado do princípio da insignificância, sua origem histórica, seu conceito e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo tópico versa sobre o crime de posse de drogas para uso pessoal, seu surgimento e suas mutações dentro do sistema jurídico pátrio até o presente momento e o Projeto de Lei nº 4.565/2019 que pretende a sua alteração.

Por derradeiro terceiro tópico visa uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes elencados pela Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) através do estudo da jurisprudência atual sobre o tema, especialmente àquela oriunda dos tribunais superiores, para conclusão da questão posta, qual seja – a possibilidade de incidência do postulado da insignificância no delito disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O norteamento dado pelos princípios possui uma função de extrema importância no Direito Penal, considerando seu claro intuito de preservar o Estado democrático de Direito. Ao limitarem o poder punitivo estatal, os princípios, como um todo, formam uma rede de segurança que protege os cidadãos da arbitrariedade do Estado e da sede de retribucionismo que normalmente emana da sociedade, preservando-lhes as garantias processuais e resguardando a dignidade da pessoa humana.

Destarte, todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal estão insertos, de forma implícita ou explícita, na Constituição Federal brasileira, e todos eles funcionam para “orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.” (BITTENCOURT, 2007, p. 10).

A opção por um Estado Democrático de Direito, portanto, torna imprescindível a existência de determinados princípios, que funcionam como barreiras à atuação do poder estatal no momento da aplicação do direito penal contra o indivíduo, de modo que o dever de castigar não é, de fato, absoluto, devendo-se “limitar a intervenção estatal à efetiva atuação culpável do sujeito” (BUSATO, 2015, p.23).

Os cidadãos percebem que dentro desse Estado sua liberdade e sua dignidade estão garantidas. As leis urgentes, com caráter retroativo, os delitos e as penas sem lei prévia que o estabeleçam, as penas desproporcionais ao fato etc., não se legitimam nesse tipo de Estado. Desse modelo de Estado decorre a ideia de que determinados princípios jurídicos estão associados à escolha do modelo político. (BUSATO, 2015, p. 23)

Frise-se que a efetivação dos princípios e das garantias relacionadas ao Direito Penal tem uma importância singular nos países da América Latina, considerando que, durante as décadas de 1960 e 1970, diversos países, inclusive o Brasil, passaram a ser liderados pelos regimes autoritários comandados pelas forças armadas, período que se caracterizou pela intensa violência e desrespeito às garantias processuais penais, razão pela qual, durante muitos anos, os cidadãos latino-americanos se tornaram absolutamente indefesos contra o poder punitivo estatal (DOTTI, 1993).

Nesse contexto, destaca-se o princípio da insignificância.

Para parte da doutrina, sua origem decorre do Direito Romano, através da máxima do *minis non curat praetor* – o pretor não cuida de causas ou delitos de bagatela. (MARIA SOBRINHO e GUARAGNI, 2014). Nos tempos modernos, no entanto, o conceito da insignificância foi resgatado ante ao cenário de crise social vivenciada na Europa após a primeira e segunda guerras mundiais, impulsionando o aumento considerável do desemprego da população e escassez de alimentos, circunstância que fomentou a prática de delitos patrimoniais, especialmente subtrações de pequena valia, ou seja, de mínima relevância. É nesse cenário que, surge a chamada “criminalidade de bagatela” (SANTOS DA CRUZ, BILIBIO E SOUZA, 2018 *apud* DEU, 1997, p. 38-39).

Diante do cenário ilustrado, coube ao jurista Claus Roxin (2002) sistematizar o princípio da insignificância, que, em sua essência, versa que não se justifica a incidência do direito penal sobre comportamentos insignificantes, mesmo que previstos na norma penal. É dizer, ainda que um determinado comportamento seja formalmente típico, cabe ao magistrado, no caso concreto, ao observar a desproporção entre a ação e a punição do agente, declarar que o fato não é materialmente típico, dada a sua irrelevância (QUEIROZ, 2008).

Nesse sentido, segundo o próprio Claus Roxin:

Se a busca pela comprovação da antijuridicidade formal não tem como resultado uma causa de justificação positiva, mas, sim, a ausência de dano social, o juízo de antijuridicidade da conduta aparece, no ponto de vista político criminal, como errado. A antijuridicidade material pode ser rejeitada com uma ponderação dos bens e interesses; enquanto teoria da culpabilidade. A severidade da regulação positivo-legal pode ser mitigada no caso concreto, com as considerações de sua exigibilidade.

³. (ROXIN, 2002, p. 53-54, tradução nossa)

Conclui-se, portanto, que o princípio da insignificância deve incidir sempre que julgador verificar, no caso concreto, que, embora o agente tenha cometido um comportamento formalmente típico, qual seja, um ilícito penal na letra da lei, tal ação não é capaz de lesar ou de colocar em perigo o bem jurídico protegido por esta norma penal, sendo desproporcional a privação da liberdade do agente. O fato julgado, embora formalmente típico, é materialmente atípico, sendo vedada a atuação penal do Estado. Acerca do tema, exemplifica Masson (2018):

[...] A redação do art. 155, caput, do Código Penal - “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” - abarca qualquer objeto material independentemente do seu valor e da importância para seu titular. Mas, é evidente, o Direito Penal não presta a tutelar a subtração de um grampo de cabelo ou de uma folha de papel. Não há falar em crime de furto em tais situações (MASSON, 2018, p. 30)

Volvendo os olhos à realidade jurídica brasileira, o princípio da insignificância, embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 ou em qualquer outra lei, foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com natureza jurídica de causa de exclusão da tipicidade formal, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. (RHC 122.464 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 08-08-2014 PUBLIC 12-08-2014)

Uma vez reconhecido o princípio da insignificância, se fez necessário abalizar os critérios da sua aplicação por meio da jurisprudência, o que foi feito, em especial, pelos Tribunais Superiores, aos quais couberam reduzir a amplitude do princípio e estabelecer os requisitos para sua aplicação, norteando os magistrados. Quando aos critérios objetivos, resta pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal os seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade de comportamento e inexpressividade da lesão jurídica:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade

³ No original: “Si en la comprobación de la antijuricidad formal no da resultado la búsqueda de una causa de justificación positiva, pero a causa de la falta de daño social el juicio de antijuricidad aparece desde el punto de vista político-criminal como erróneo, se puede negar la antijuricidad material con una ponderación de los bienes e intereses; mientras que en la teoría de la culpabilidad. la dureza de la regulación positivo-legal se puede atenuar en el caso concreto con las consideraciones de exigibilidad . (ROXIN, 2002, p. 53-54)

social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. (...) (STF, RHC/MG 118972, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 04-09-2014 PUBLIC 05-09-2014)

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. (...) REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO PREENCHIMENTO. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE E NENHUMA PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. (...) São requisitos para a incidência do princípio da insignificância a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...) (HC 115.828/PE, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008)

Cabe pontuar, desde já, que, mesmo nos critérios objetivos para aplicação do princípio da insignificância, a orientação trazida pelos Tribunais Superiores não estabelece um critério uniforme para a aplicação da referida orientação principiológica, desvirtuando-se da intenção real do instituto, inclusive porque o princípio da insignificância está relacionada à lesão causada ao bem, não havendo o que se considerar em relação à periculosidade social da ação ou reprovabilidade da conduta (MARIA SOBRINHO; GUARAGNI, 2014).

Ademais, observa-se que os requisitos estabelecidos, que deveriam ser, por excelência, objetivos, são, em verdade, extremamente abertos, relativos e discricionários, não sendo possível sequer diferenciá-los entre si com precisão, o que propicia decisões injustas e contraditórias em diversos tribunais pátrios.

Mas não é só. Depreende-se de diversos julgados que a jurisprudência dos Tribunais Superiores estabeleceu, ainda, requisitos subjetivos para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam: as condições pessoais do agente (reincidente, criminoso habitual e militar) e as condições pessoais da vítima (MASSON, 2018).

A problemática que vemos daí é que, se o Princípio da Insignificância é reconhecido como causa de exclusão de tipicidade, aspectos como condições pessoais do agente e da vítima não deveriam ser considerados, tendo sua relevância unicamente na aplicação da pena. O foco para a incidência da insignificância deveria ser, tão somente, o fato em si, e não características pessoais e subjetivas (MARIA SOBRINHO; GUARAGNI, 2014).

Pois bem. Nota-se, desde já, que a jurisprudência brasileira, embora reconheça o princípio da insignificância como parte do ordenamento jurídico, cria uma série de limitações para sua efetiva aplicação, fazendo com que sua incidência ocorra muito mais no campo teórico que no prático.

Com vistas nisso, os Tribunais Superiores estabelecem, ainda, a incompatibilidade da aplicação do princípio da insignificância com alguns crimes, independente das circunstâncias nas quais eles foram praticados ou da lesão – efetiva ou não – aos bens jurídicos que protegem. É o caso, por exemplo, dos delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, como o crime de roubo (cf. art. 157 do Código Penal brasileiro), em relação ao qual a jurisprudência pátria é pacífica pela não aplicação do princípio da insignificância independente do valor do bem subtraído. A título de exemplo, colaciona-se os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCOMPATIBILIDADE. É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF, RHC 106360, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. (...) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. (...) fica prejudicado o pleito de reconhecimento da atipicidade material da conduta imputada à ré em razão do pequeno valor da res furtivae, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo. (...) (STJ, AgRg no AREsp 1543874/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 12/11/2019)

De igual forma, os crimes previstos na Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) também são considerados incompatíveis com a aplicação do princípio da insignificância para a jurisprudência majoritária Tribunais Superiores. Especificamente, no que se refere ao art. 28 do suscitado dispositivo legal (Posse de drogas para consumo pessoal), alega o Superior Tribunal de Justiça, em suma síntese, que:

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. (RHC 35.920/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014)

Observa-se, assim, que, no que se refere a aplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 (Posse de drogas para uso pessoal), a jurisprudência se esbarra em um obstáculo claro, qual seja: a mínima ofensividade da conduta por si só, já prevista no próprio tipo penal, independente das circunstâncias que norteiam o caso concreto.

Todavia, para analisar a necessidade de mudança desse paradigma que se mostra tão sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, necessário se faz o estudo do tipo penal em questão, especialmente para se verificar a relação entre a conduta proibida e os requisitos estabelecidos para incidência do princípio da insignificância.

3. O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O PROJETO DE LEI Nº 4.565/2019

A repressão à conduta de portar entorpecentes ilícitos para uso pessoal ou comercialização, no Brasil, tem suas origens no Código de 1890, após a proclamação da República, onde regulamentaram-se os crimes contra a saúde pública. Em seu artigo 159, a Lei previa como delito, já naquela época, “expor à venda ou ministrar, substâncias venosas sem a legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”. A sanção ao infrator, entretanto, era tão somente multa (CARVALHO, 2016, p. 42).

No século XX, no entanto, a partir da consolidação das Leis Penais de 1932, deu-se um tratamento mais rígido à matéria, acrescentando-se uma pluralidade de verbos no tipo legal do artigo 159, além da previsão de penas privativas de liberdade, perfazendo-se o primeiro impulso à Guerra às Drogas em território brasileiro, através de uma maior repressão das condutas relacionadas a consumo e venda de entorpecentes (CARVALHO, 2016).

A diferenciação entre traficante (delinquente) e usuário (dependente) ganha entornos significativos na década de 1960, quando o consumo de entorpecentes passa a ser visto como instrumento de protesto contra políticas armamentistas, aliado, muitas vezes, a uma posição ideológica de ruptura. Nesse momento, o consumo de drogas ganha espaço público e passa a fomentar uma intensa produção legislativa de repressão, sendo associada a uma questão moral.

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência (CARVALHO, 2016).

Em resposta aos anseios sociais pela repressão do consumo de drogas, surge, então, o Decreto-Lei 385/68, modificando o art. 281 do então Código Penal brasileiro, criminalizando o usuário com uma pena idêntica àquela imposta ao traficante. Na mesma linha é elaborada a Lei 5.726/71, a primeira a descodificar a matéria no Brasil, que continuava a identificar usuário como traficante, impondo-lhe pena privativa de liberdade de 01 a 06 anos (CARVALHO, 2016). Observa-se, pelo menos até esse momento, uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro de criminalizar o usuário de entorpecentes de forma tão rígida quanto aquele que faz do comércio de drogas seu modo de vida. Embora se enxergue o usuário de drogas como dependente, ou mesmo “doente”, a sociedade não lhe mostra qualquer benevolência.

É importante notar, também, deste histórico, como a Guerra às drogas em território brasileiro sempre foi, em verdade, uma guerra à determinada população. Isso fica ainda mais claro quando, nos anos 1960, o aparelho repressor ficou mais rígido no momento em que o consumo de drogas passou a ser associado a determinados indivíduos que, de certa forma, ameaçavam a “ordem” social. Foi, naquele momento, e continua sendo até os dias atuais, um instrumento de controle de massas.

Prosseguindo o histórico do suscitado tipo penal, observamos que, com o advento da Lei nº 6.368/76, foi estabelecida a diferenciação entre usuário e traficante, diferenciando-se o tratamento legislativo entre os dois agentes. Embora não fosse expresso, no referido dispositivo legal, a conduta de uso de entorpecentes como crime, o art. 16 da Lei acabavam por, indiretamente, criminalizar o usuário (CARVALHO, 2016). Isso porque previa-se que a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo para uso próprio substância entorpecente era punida com pena privativa de liberdade, qual seja, detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, além de pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa⁴.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, foi promulgada a atual Lei nº 11.343/06, que, além de revogar por completo as legislações posteriores, estabeleceu a não imposição de pena privativa de liberdade àquele que tem a posse de drogas para consumo pessoal, e enrijece as penas para quem efetivamente trafica entorpecentes (MASSON; MARÇAL, 2019).

De forma inovadora, a Lei 11.343/2006 representou rompimento de paradigma com relação à compreensão e ao tratamento da problemática relacionada às drogas. Por conjugar os vieses preventivo (quanto ao uso indevido) e repressivo (no tocante ao tráfico), a política criminal inspiradora desta lei é bifronte. Com efeito, ao mesmo tempo em que institui sanções menos excludentes com relação a quem porta droga

4 Lei nº 6.368/76, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16368.htm>. Acesso em 12 jan. 2021.

para consumo pessoal, livrando-os do cárcere e promovendo projetos terapêuticos, a Lei 11.343/2006 promove a repressão e o combate ao tráfico de drogas. (MASSON; MARÇAL, 2019, p. xx).

O legislador, então, passa a partir da premissa de que o encarceramento do usuário de drogas não é benéfico à sociedade, considerando que, além de criar óbices ao tratamento de eventual dependência química, acaba por inserir o usuário ao sistema carcerário, arriscando que este acabem por ser cooptados por facções criminosas dentro dos presídios (MASSON e MARÇAL, 2019).

Assim, temos a previsão do crime de porte de drogas para consumo pessoal no art. 28 da Lei nº 11.343/06 - “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.”⁵.

Resta configurado, portanto, o crime de uso de drogas para consumo pessoal sempre que o agente adquiere entorpecentes para seu uso próprio. Consumir a droga, por si só, é conduta atípica, e, caso o agente pratique tais condutas para consumo de outrem, enquadrar-se-á em outro tipo penal (tráfico de drogas ou uso compartilhado). Para saber a destinação da droga, no caso concreto, o magistrado deverá considerar uma série de circunstâncias - a natureza e quantidade da substância apreendida; o local e as condições em que se desenvolveu a ação, e, por fim, as circunstâncias sociais, pessoais e os antecedentes do agente (QUEIROZ; LOPES, 2018).

A partir do estabelecimento do art. 28 da Lei nº 11.343/06, passa a surgir diversos questionamentos entre os aplicadores do Direito sobre o referido tipo penal. Um desses questionamentos é se, com o advento da referida lei, houve uma descriminalização ou uma despenalização do consumo de entorpecentes para uso pessoal, considerando que previu-se, tão somente, penas restritivas de direito para a conduta, sem qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade ou mesmo de multa (QUEIROZ; LOPES, 2018).

Quanto a esse ponto, doutrina e jurisprudência parecem estar, pelo menos em sua maioria, pacificadas no sentido de que houve uma despenalização da posse de drogas para uso pessoal, e não uma descriminalização, afinal, a opção legislativa pela manutenção de tal

5 Lei nº 11.343/06, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 12 jan. 2021.

natureza jurídica foi determinada de forma expressa ao estabelecer o título “Dos Crimes e Das Penas” ao Capítulo III do Título III da Lei 11.343/2006, dentro do qual se encontra o art. 28 (MASSON; MARÇAL, 2019).

Ademais, o conceito de crime estabelecido pelo Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Lei nº 3.914/41), que versa que o crime ou contravenção devem ser punidas com penas de reclusão, detenção, prisão simples ou multa, alternativa ou cumulativamente, encontra-se absolutamente ultrapassado, especialmente porque a Constituição Federal de 1988, que lhe é posterior e hierarquicamente superior, estabeleceu novas espécies de pena, quais sejam: a perda de bens, a prestação social alternativa, e a suspensão ou interdição de direitos (QUEIROZ; LOPES, 2018).

Seguindo essa lógica, é a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

“HABEAS CORPUS” – POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL (LEI Nº 11.343/2006, ART. 28) – INOCORRÊNCIA DE “ABOLITIO CRIMINIS” – SIMPLES MEDIDA DE “DESPENALIZAÇÃO” DESSA CONDUTA – NATUREZA JURÍDICA DE CRIME MANTIDA – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR DELITO DESSA NATUREZA COMO CIRCUNSTÂNCIA CAPAZ DE PRODUZIR REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF, HC 148484 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 23-04-2019 PUBLIC 24-04-2019)

PENAL. (...) PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. CONDUTA TÍPICA. (...) É inviável a declaração da atipicidade da conduta do paciente pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Embora a constitucionalidade do referido artigo esteja afetada na Suprema Corte, diante do reconhecimento da repercussão geral (Tema 505), nos autos do Recurso Extraordinário n. 635.659/RG, ainda prevalece neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator ((HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018; HC 478.757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2019, DJe 11/2/2019). (STJ, HC 535.785/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 16/12/2019)

Conclui-se, portanto, que o legislador manteve, na Lei nº 11.343/06 a opção de criminalizar a posse de entorpecentes para uso pessoal, abolindo, tão somente, a pena privativa de liberdade para o agente que o fizer (QUEIROZ; LOPES, 2018).

Debate menos pacífico, entretanto, diz respeito à constitucionalidade do dispositivo legal em análise.

Parte considerável da doutrina e jurisprudência pátrias consideram o art. 28 da Lei nº 11.343/06 inconstitucional, essencialmente, por violar o art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem

das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Argumenta-se, ainda, que a posse de drogas para consumo pessoal não está entre os mandatos de criminalização exarados pela Carta Magna (ARRUDA; BUENO; FLORES, 2018).

Ademais, existe o argumento de violação ao princípio da lesividade, segundo o qual “apenas pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual as razões que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria” (QUEIROZ; LOPES, 2018).

Por outro lado, os defensores da constitucionalidade do dispositivo legal ponderam que o tipo analisado tem como bem jurídico a saúde pública, posto que o consumo de drogas, ainda que por um indivíduo em particular, acabaria por causar um vício generalizado. Invoca-se, nesse sentido, o direito coletivo à saúde e a segurança, previsto no art. 6º, *caput*, Constituição Federal de 1988.

(...) os direitos à intimidade e à vida privada sofrem limitações. Como são espécies do direito privado, devem continência a direitos que contêm caráter coletivo, de acordo com a circunstância de cada caso. (...) os direitos à saúde e à segurança pública são coletivos e, buscando-se a vontade do Poder Constituinte, devem ser garantidos pelo Estado – lato sensu – por meio de políticas públicas eficazes e por todos, a fim de que gozem, de fato, de tais direitos. (...) Embora se reconheça que não é recente a preocupação com a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal na legislação brasileira, a evolução da forma de penalizar o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 traduz a preocupação do legislador em dar um tratamento diferenciado ao consumo de substâncias entorpecentes. (...) Nessa escalada, para a dita harmonização entre direitos individuais e coletivos, o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada relativiza-se em prol da saúde e incolumidade públicas. (QUEIROZ; LOPES, 2018, p. xx).

A controvérsia encontra-se, atualmente, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, discutido sob regime de repercussão geral (Tema nº 506) e encontra-se suspenso, pendente de julgamento definitivo de mérito. Vale frisar, no entanto, que até o presente momento o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, e de dois ministros, Roberto Barroso e Edson Fachin, foram no sentido da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06 (QUEIROZ; LOPES, 2018).

Frise-se que, caso a Suprema Corte brasileira reconheça a inconstitucionalidade do crime de posse de drogas para uso pessoal, seguirá o entendimento de outros países latinos (MASSON, 2019).

A Suprema Corte Argentina, com base no art. 19 da Constituição, julgou inconstitucional a criminalização do porte para consumo, visto que “(...) *la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento dejuicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros.*” (...) o México, em

agosto de 2009, descriminalizou (legislativamente) a posse de drogas para consumo pessoal, desde que não exceda o limite de 500 (quinhentos) miligramas de cocaína ou de 5 (cinco) gramas de maconha. O Uruguai, há anos, não pune a posse de droga para consumo pessoal. Na Colômbia, a Corte Suprema, em 1974, declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio. O Peru descriminalizou a posse de droga para uso próprio há vários anos. E nesse mesmo sentido é a legislação na Costa Rica (QUEIROZ; LOPES, 2018, p. xx, grifos dos autores).

Fato é que, embora trate-se de discussão acirrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras, até o presente momento, enquanto não declarada sua inconstitucionalidade, a posse de drogas para uso próprio continua a ser criminalizado em território nacional. E, considerando que o tema continua a ser discutido no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2015, encontrando-se, no momento, suspenso, resta claro que existe uma resistência para a descriminalização do usuário, ou para o abrandamento de qualquer sanção criminal no que diz respeito às drogas.

Isso porque o Brasil, seguindo o exemplo traçado pelos Estados Unidos, veste a carapuça de uma chamada Guerra às drogas para justificar o rigor legislativo e jurisprudencial com o qual se pune qualquer pessoa que esteja relacionada ao uso de substâncias entorpecentes. Resta claro, no entanto, que a guerra não é – e nem poderia ser – contra os entorpecentes, e sim, contra pessoas (VALOIS, 2020).

De uma metáfora utilizada para congregiar esforços contra as drogas, o termo *guerra às drogas* tem mostrado sua incoerência e passa a poder ser ironicamente usado para desvendar uma guerra real contra pessoas. Guerra às drogas é sinônimo da criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas as drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termo *guerra às drogas* vem revelando sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas (FERRUGEM, 2020, p. xx).

Conforme foi observado no histórico traçado acima, o combate ao consumo de entorpecentes está há muitos anos intimamente ligado ao combate a um determinado grupo de pessoas, normalmente marginalizadas e/ou que ameacem a “ordem”. No contexto atual da realidade brasileira, não é preciso fazer um grande esforço pra saber quem são essas pessoas atingidas em nome da Guerra às drogas – pessoas negras e periféricas.

Ainda que insistam que esta guerra é contra as drogas, a realidade apresenta sua “versão” da história. As periferias do Brasil são os territórios que o Estado elegeu para mirar seu arsenal bélico. Como todas, essa guerra é contra as pessoas: (...). Esta guerra não é contra as drogas, e poderia ser? Os alvos desta guerra são os negros, as negras, os jovens periféricos. O sistema penal se justifica para controle destas pessoas. (FERRUGEM, 2020, p xx)

A guerra, portanto, não é contra os entorpecentes. A questão não é, e nunca foi, defender a saúde pública – embora seja atualmente classificado o tráfico de drogas como uma questão desse viés. A questão é manter uma determinada camada da população marginalizada,

vivendo sob regime de terror, tendo seus sonhos e suas expectativas de vida. E não se pode dissociar o estudo sobre a criminalização de drogas no Brasil do racismo estrutural que assola o país.

Entretanto, o foco que daremos, nesse momento, é entender como o poder judiciário brasileiro tem se comportado perante o combate ao consumo de entorpecentes e toda realidade já traçada.

No que se refere ao legislador, não existem dúvidas no sentido de que a criação de um tipo penal para o tráfico de drogas contendo 18 (dezoito) verbos e relativizando a necessidade de se comprovar o dolo de comercializar entorpecentes, teve a clara intenção de facilitar “a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita” (VALOIS, 2020, p. xx). De igual forma, “juízes e tribunais brasileiros agem como que alistados na guerra, entendendo-se capazes de atingir o tráfico ilícito com suas condutas e interpretações rigorosas. Ao invés de diminuir a incidência do tipo penal, legitimam-no e ampliam-no.” (VALOIS, 2020, p. xx).

Não há dúvidas, portanto, que o poder judiciário brasileiro, seja por vias legislativas, seja por vias de interpretação jurisprudencial, tende a comprar o argumento da guerra às drogas e intensificar as reprimendas criminais quanto a essa conduta. A questão é – com um aparato judicial essencialmente voltado para punir, e pra dar facilitar a identificação e punição daquele que se envolve, de qualquer forma, com substâncias entorpecentes, encontramos dificuldade, na prática, em distinguir o agente que vive do comércio de drogas e o usuário.

Como bem explicado por Valois (2020), dentre os tipos penais previstos para o crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estão trazer consigo e ter em depósito substâncias entorpecentes, revelando a desnecessidade da comprovação da intenção de comercializar o agente para incidência do tipo penal.

Assim, a posse de drogas é suficiente para enquadrar o agente como traficante, sem maiores análises reais sobre qual a destinação daquele entorpecente. Não importa se o acusado alegue, por exemplo, que mantinha na sua residência para uso próprio, ou para uso compartilhado com um familiar, por exemplo. Se mantém em depósito, ou traz consigo, poderá enquadrar-se no crime de tráfico de drogas.

É também visando combater essa realidade – que gera não apenas decisões injustas mas, também, encarceramentos numerosos e desnecessários – que foi submetido um Anteprojeto para a reforma da Lei nº 11.343/06, que, dentre muitos pontos, estabelece a descriminalização do crime de uso de entorpecentes até um limite quantitativo específico.

No projeto original⁶, proposto por uma comissão de juristas, dentre eles, os ministros do Supremo Tribunal de Justiça Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Rogério Schietti Machado Cruz (respectivamente, presidente e vice presidente da comissão), o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 28. A aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, em quantidade de até 10 (dez) doses não constitui crime.

§ 1º Semear, cultivar ou colher até 6 (seis) plantas das quais se possa extrair substância ou produtos conceituados como drogas ilícitas não constitui crime.

§ 2º O limite excedente a 10 (dez) doses previsto neste artigo será considerado para consumo pessoal, se em decorrência das condições em que se desenvolveu a ação, ficar caracterizado que a droga ilícita se destinava exclusivamente para uso próprio.

Art. 28-A. A aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento e uso de drogas ilícitas, bem como o semeio, o cultivo ou a colheita de plantas das quais se possa extrair substância ou produtos conceituados como drogas ilícitas não constituem crime quando praticados para os fins previstos no § 2º do art. 2º desta Lei, nos termos da respectiva regulamentação.

Como bem explicado pela Apresentação⁷ do Anteprojeto, a intenção da descriminalização do consumo pessoal de uma quantidade pequena de entorpecentes não é estimular o consumo dessas substâncias, que, inequivocadamente, causam danos à saúde física e psíquica do indivíduo e das pessoas a ele próximas.

A ideia da comissão de juristas é demonstrar que, por mais danosos que esses efeitos pessoais possam vir a ser, são ainda mais prejudiciais os efeitos causados pelo encarceramento em massa e pelo estigma social produzido em quem ingressa no sistema de justiça criminal por ocorrência que, em boa parte dos casos, poderia receber outro tipo de abordagem pelo Estado e pela sociedade.

O Anteprojeto, atualmente, foi convertido no Projeto de Lei nº 4.565/2019, de autoria do Deputado Federal Alexandre Padilha (PT-SP), e encontra-se em regime de tramitação ordinária. No que se refere ao art. 28, houve uma pequena alteração no que se refere ao § 2º, aumentando o limite de 10 (dez) para 30 (trinta) doses o limite excedente a ser considerado para consumo pessoal⁸.

6 Disponível em <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

7 Disponível em <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf> em Acesso em 14 jan. 2021.

8 Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1793268&filename=PL+4565/2019>. Acesso em 14 jan. 2021.

Observa-se, portanto, que não obstante exista uma cultura enraizada no judiciário brasileiro no sentido de enrijecer a punibilidade de todas as condutas relacionadas aos entorpecentes, inclusive criminalizando-se o usuário de drogas, também tem estado presente um movimento de juristas contrário a essa tendência, seja pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de drogas, seja pela sua reforma.

Para análise do comportamento do judiciário ante essa tendência descriminalizadora, passamos ao estudo da atual jurisprudência no que se refere ao delito do consumo de drogas para uso pessoal e a aplicação do princípio da insignificância nesse cenário.

4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DA LEI DE DROGAS E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL

É possível observar, portanto, que, existe uma tendência no poder judiciário brasileiro no sentido de recrudescer as sanções no que se refere às condutas que envolvam consumo ou comércio de substâncias entorpecentes. E essa tendência está presente tanto na atuação do legislador, que, ao longo dos anos, mostrou favorável à penalização dessas condutas, quanto nas jurisprudências oriundas dos grandes tribunais.

Como bem explicado por VALOIS (2020), “a atividade do judiciário no campo da guerra às drogas tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas”. (VALOIS, 2020, p. xx)

Dessa forma, não é de se estranhar que a jurisprudência dos tribunais superiores, em linhas gerais, não admita a aplicação do princípio da insignificância no que se refere aos crimes da Lei de Drogas. Afinal, para responder aos anseios sociais punitivistas e fomentar a continuação da “Guerra às Drogas”, é necessário que se facilite a punição, e não há melhor forma de fazê-lo que despir o cidadão ao máximo possível dos seus direitos e garantias constitucionais.

Ora, se o papel dos princípios no Direito Penal é, como anteriormente frisado, coibir o *ius puniendi* estatal, funcionando como uma “barreira” entre o cidadão comum e o poder do Estado de lhe tolher a liberdade, nada mais natural do que se relativizar a incidência de um princípio quando a intenção é, de fato, punir o máximo de pessoas possível, da forma mais rígida que se puder fazê-lo.

No que se refere ao crime de posse de drogas para uso pessoal, no entanto, observamos um movimento contrário, propenso ao abrandamento da punição, de significativa parcela dos doutrinadores e juristas. Seja através da declaração da inconstitucionalidade, seja a partir de um Projeto de Lei que estabelece marcos quantitativos para diferenciar usuários de comerciantes de entorpecentes, não se pode mais ignorar essa tendência, que, por sinal, é muito bem-vinda.

Necessário se faz, portanto, proceder à análise das jurisprudências mais recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da possibilidade de incidência do princípio da insignificância no crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

4.1 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é, em sua maioria, contrário à aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal.

A título de exemplo, colaciona-se as argumentações exaradas no julgamento do *Habeas Corpus* 35.920/DF⁹, ocasião na qual o Ministro Rogério Schietti Cruz, relator, justificou o posicionamento, seguido pela sexta turma do STJ em unanimidade:

(...) Não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do artigo 28, de molde a possibilitar a sua recuperação.

Vale dizer, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a própria saúde, além de evitar a reiteração do delito.

Nesse contexto, entendo que, em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de drogas apreendidas, como no caso dos autos (0,46 gramas de cocaína).

De mais a mais, registro que o objeto jurídico tutelado pela norma em comento 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.

Acrescento que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado.

Assim, 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.

9 Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300564368&dt_publicacao=29/05/2014>. Acesso em 17 de janeiro de 2021,

(...) entendo que 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.

Vale dizer, o tipo previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública ou do próprio indivíduo

(...) Não bastasse isso, as drogas geram mudanças de comportamento que acarretam riscos não só para o usuário (que pode vir a ter problemas físicos e mentais em decorrência de uma dose excessiva ou com o uso continuado), mas também para outras pessoas que o circundam. Assim, as consequências do consumo de drogas recaem sobre o conjunto da sociedade.

(...) Não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o seu comércio ilegal e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc.

É, pois, simplista afirmar que o consumo de drogas é proibido apenas pelo mal que a substância faz ao próprio usuário. Na verdade, ele o é também pelo perigo que o consumidor gera à sociedade. Basta, para corroborar tal ilação, lembrar o expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. (...) (DEVE TER UM MODO DE COLOCAR A FONTE DA CITAÇÃO AQUI)

Em síntese, o Ministro relator justificou seu posicionamento contrário à incidência do princípio da insignificância sob o argumento de que as penas referentes ao tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06 são de caráter educativo, e não privativas de liberdade, e de que o bem tutelado é a saúde pública, e a conduta de usar drogas afetaria toda a coletividade e não apenas o usuário, não podendo ser considerada, assim, insignificante.

Aduziu-se, ainda, que o delito em questão é classificado como de perigo abstrato, prescindindo de comprovação de lesão ao bem jurídico tutelado; que a pequena quantidade de entorpecentes integra a própria essência do tipo penal de posse de entorpecentes para consumo pessoal e, por fim, que o uso de drogas acaba por acarretar a prática de outros crimes para sustentar o vício do usuário, o que afetaria toda a sociedade.

As fundamentações expostas, no entanto, não se mostram suficientes para inadmitir a incidência do princípio da insignificância no crime de posse de drogas para uso pessoal.

No que se refere ao fato de as penas impostas não serem privativas de liberdade, é de bom alvitre lembrar que essa questão foi ponto central da discussão a respeito de se a Lei nº 11.343/06 descriminalizou ou não o uso de entorpecentes. Conforme retrocitado, foi estabelecido que o fato de não se ter pena privativa de liberdade ou de multa não descaracterizaria tal conduta como crime.

Dessa forma, não se pode usar o mesmo parâmetro para dizer que esse tipo de sanção não admite a aplicação do princípio da insignificância. A modalidade da sanção não importa para definir o que é crime, ou seja, a tipicidade formal do fato, portanto, não deveria ser preponderante para a análise da sua tipicidade material.

Ademais, é inquestionável que as sanções postas, ainda que educativas, tolhem a liberdade do indivíduo, ainda que em grau muito menor do que o efetivo cárcere. Há de se considerar, também, o desgaste de passar por um processo penal e todo o estigma social que isso certamente trará para o acusado, com prejuízos na sua vida prática.

No que se refere à tutela da saúde pública através do art. 28 da Lei nº 11.343/06, é importante frisar que, conforme anteriormente posto, processar criminalmente o usuário de entorpecentes afronta também o direito à intimidade e a vida privada do indivíduo, direito fundamental também previsto na Constituição Federal de 1988.

É consabido que o direito à saúde pública é coletivo e preponderante à interesses individuais. No entanto, a violação a este primeiro direito fundamental não pode ser tida como absoluta em qualquer situação na qual o agente é flagrado com entorpecentes para seu próprio uso. Trata-se de uma colisão de direitos fundamentais que deverá ser analisada no caso concreto, e não ser utilizada como parâmetro geral para definir a não incidência do princípio da insignificância em todas as ocasiões.

Não se olvide, ainda, que, ao se falar em supremacia da saúde pública para validar a criminalização do porte de entorpecentes, deixa de se considerar que o agente é, na verdade, um sujeito capaz, responsável pelos seus próprios interesses, inclusive a sua saúde privada, prejudicando o diálogo democrático sobre o tema (CARVALHO, 2016).

O fato de tratar-se de crime de perigo abstrato, também, não necessariamente impede a incidência do princípio da insignificância por si só.

Crimes de perigo abstrato são aqueles nos quais o risco é presumido *jus et de jure*, ou seja, não precisa ser provado, contentando-se a Lei com a simples prática da ação que pressupõe perigosa (BITTENCOURT, 2007). Ainda assim, essa definição não dá uma “carta branca” para o aplicador do direito punir sem o estudo do caso concreto. Conforme visto no segundo capítulo deste artigo, se a conduta não for capaz de, ao menos, colocar em perigo o bem jurídico protegido – no caso, a saúde pública – o princípio da insignificância deve incidir.

Outrossim, importa sinalizar que, em verdade, a pequena quantidade de entorpecentes não integra o tipo penal de posse de drogas para uso próprio. Embora exista o Projeto de Lei 4.565/2019 no sentido de estabelecer, expressamente, a quantidade de entorpecente que

classifica o agente como usuário, fato é que até o presente momento não há qualquer menção na legislação brasileira que se refira a quantidade fática necessária, tanto para estabelecer quem é usuário, como para estabelecer quem é traficante.

O que diferencia os tipos penais do art. 28 e do art. 33 da Lei de Drogas é o dolo do agente – de comercialização ou de uso próprio – e não a quantidade de entorpecente. Dessa forma, num cenário fático, poderá existir um usuário com quantidade voluptuosa de drogas, assim como um indivíduo que comercializa uma pequena quantidade de entorpecentes.

Além disso, é importante destacar que o conceito de “pequena quantidade” é extremamente relativo de forma que não se poderia dizer que está intrínseco à existência do tipo penal uma circunstância extremamente subjetiva.

Por derradeiro, o argumento no sentido de que o uso de drogas é nocivo para o usuário e a sociedade como um todo, considerando que o usuário movimentava o comércio de entorpecentes, e, muitas vezes, acaba por praticar outros crimes para sustentar o vício, é uma linha de raciocínio simplista que não leva em consideração diversas situações de fato que existem no dia a dia.

O uso de substâncias alcoólicas, por exemplo, também é capaz de gerar dependência, fazer mal para a saúde do indivíduo e incorrer em diversos outros crimes, como, por exemplo, situações de violência doméstica. Entretanto, consumir bebida alcoólica não é uma conduta nem ao menos criminalizada.

Ademais, nem todo usuário de entorpecentes estimula o tráfico de drogas. É perfeitamente possível, por exemplo, que alguém plante sementes de maconha no próprio quintal para uso próprio. Essa pessoa não estaria fomentando o comércio ilegal de drogas. Da mesma forma, não se pode presumir de forma absoluta que o usuário é viciado, e muito menos que vai cometer outros crimes para sustentar o vício.

Nesse sentido, como bem explicado por Carvalho (2016), para a análise da tipicidade material da conduta seria necessário verificar-se a concreta capacidade de ofensa da conduta, incluindo a capacidade da droga apreendida de causar dependência, razão pela qual a quantidade ínfima deveria se tornar atípica a ação.

Essa asserção – de que o usuário de drogas é um viciado propenso à prática de outros crimes - não apenas é preconceituosa como, também, revela traços de direito penal do inimigo. Pune-se pelo agente, por quem o agente é – nesse caso, usuário e drogas – e não pela conduta que ele cometeu.

Fundamental destacar, portanto, por mais que soe redundante, que o juízo de tipicidade material é relativo à lesão do bem jurídico, ou seja, trata-se de uma valoração objetiva do fato e não subjetiva do seu autor. Embora o STF tenha estabelecido alguns critérios para incidência do princípio da insignificância – (a) mínima ofensividade da conduta, (b) ausência de periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância – decisões recentes têm vinculado sua aplicação à ausência de antecedentes criminais, especificamente não ser o réu reincidente. O entendimento parece ser, em absoluto, equivocado, exatamente por confundir critérios objetivos e subjetivos, situação que reforça modelos penais de autor. (CARVALHO, 2016, p. xx)

Observa-se, assim, que o julgado do Superior Tribunal de Justiça nega a incidência do princípio da insignificância em todos os casos referentes à posse de drogas para uso pessoal de forma absoluta, apoiando-se em uma série de premissas que não correspondem, muitas vezes, à realidade fática dos usuários de entorpecentes na sociedade brasileira.

A decisão, ainda, se mostra extremamente infeliz ao versar que é “irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública ou do próprio indivíduo” (AUTOR, DATA, p. xx). Ora, como considerar irrelevante o fato de que a conduta não produz lesividade para ninguém – nem agente, nem sociedade? Reconhecer vaidade a esse argumento seria admitir a punição apenas por punir, por revanchismo social. É abandonar todos os princípios e todas as garantias do indivíduo e entregar os cidadãos à barbárie da arbitrariedade estatal.

Não obstante as críticas transcritas, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão permanece o mesmo, ainda que extremamente criticável. Conforme explicitado em julgado relativamente recente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES WRIT NÃO CONHECIDO. (...) **III - "Prevalece na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida.** Precedentes." (AgRg no REsp n. 1.733.645/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/06/2018). Habeas corpus não conhecido. (HC 538.347/ES, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 20/11/2019¹⁰) (grifos próprios)

10 Disponível

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903025780&dt_publicacao=20/11/2019> Acesso em 17 de janeiro de 2021.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, entretanto, a questão apresentada é vista de forma divergente, conforme será apresentado no tópico seguinte.

4.2 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao contrário do que acontece no Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal admite, em alguns casos, a aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal. A título de exemplo, expõe-se o julgado do Habeas Corpus 110.475/RS¹¹, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que teve seu voto acolhido por unanimidade:

Em relação ao pedido de aplicação do princípio da insignificância formulado pela defesa, penso que o mesmo merece acolhida.

Ao fazê-lo, tenho para mim (...) que assiste razão à parte ora impetrante quanto à tese de aplicabilidade ao crime de porte e guarda de substância entorpecente (Lei nº 6.368/76, art. 16, atualmente art. 28 da Lei nº 11.343/06) do postulado da insignificância, o qual tem o condão de descaracterizar a tipicidade penal do fato em referência, analisada em sua perspectiva material. (...)

Na realidade, considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto) (...) cumpre reconhecer que 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. (...)

Destaco trecho da judiciosa manifestação do ilustre membro do *Parquet*, *in verbis*:

“(...) Em primeiro lugar, é de se ver que o fato de o tipo descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06 configurar um delito de perigo abstrato não pode impedir, absolutamente, a aplicação do postulado da insignificância. Isso porque, mesmo nesses casos, não se afasta a necessidade de aferição da lesividade da conduta, ou seja, se capaz ou não de atingir, concretamente, o bem jurídico resguardado pela norma.

É indispensável, pois, que se demonstre a aptidão da conduta em lesar o bem jurídico, não bastando que, pelo simples fato de figurar no rol de substâncias proibidas pela lei se pressuponha, de forma absoluta, que qualquer quantidade de droga seja capaz de produzir danos à saúde pública.

A exigência de efetiva lesão ao objeto de proteção da norma decorre de uma conformação da atuação jurídico-penal aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, tais como a subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima. De acordo com tais vetores, a atuação estatal apenas se legitima em situações excepcionais, vale dizer, quando efetivamente se mostre necessária a medida punitiva. (...)

Numa teoria do delito fundada em garantias, a subsunção das condutas aos tipos não se dá de maneira avalorada e automática. Nem sempre a prática de uma conduta ilícita, civil ou administrativamente, poderá resultar em uma sanção penal, tudo a depender do grau de violação do bem jurídico atingido. Isso porque existem condutas que, a despeito de se encaixarem na formulação literal dos tipos, são socialmente suportáveis. A apreensão penal da conduta, com efeito, deve constituir tutela de última razão, somente se fazendo incidir em casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. Não se pode admitir num Estado, cujo ordenamento constitucional tenha como núcleo a dignidade da pessoa humana, a desproporcionalidade entre meios e fins. (...)

No caso em tela, a conduta perpetrada pelo agente, a toda evidência, não representa ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora contida no art. 28 da Lei

11 Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur205949/false>> Acesso em 17 de janeiro de 2021

11.343/06. Note-se que o fato narrado na denúncia, qual seja a apreensão, em posse do paciente, de 0,6 gramas de maconha para uso próprio, embora formalmente típico, não apresenta nenhuma relevância material, por absoluta incapacidade de produzir um resultado que gere qualquer ameaça à saúde do próprio agente ou à incolumidade pública.

Assim sendo, a lesividade da conduta não pode ser simplesmente desprezada nos delitos de perigo presumido, sob pena de se concretizar uma intervenção jurídico penal inócua, desnecessária e ofensiva aos instrumentos de proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal.

Não há dúvida de que o Estado deva promover a proteção de bens jurídicos supraindividuais, tais como a saúde pública, mas não poderá fazê-lo em casos em que a intervenção seja de tal forma desproporcional, a ponto de incriminar uma conduta absolutamente incapaz de oferecer perigo ao próprio objeto material do tipo. (...)”.

Sendo assim, pelas razões expostas, defiro o pedido de habeas corpus (...)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, nesse caso, portanto, entendeu pela aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, sustentando-se, especialmente, na intervenção penal mínima e no fato de que, se a conduta não importa em lesão significativa a bens jurídicos, o direito penal não deverá incidir.

A jurisprudência esposada, no entanto, é minoritária. O próprio Supremo Tribunal Federal se debruçou pouquíssimas vezes sobre o tema, e os Tribunais de Justiça pátrios seguem o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, apoiando-se, especialmente, no fato de que o crime de posse de drogas para uso pessoal é de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação de efetivo risco à sociedade. A título de exemplo:

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) Incabível, ademais, a aplicação do princípio da insignificância ao delito dos autos, uma vez que as medidas previstas no art. 28 da referida lei, conquanto tenham caráter punitivo e compulsório, estão alinhadas com a política de atenção e reinserção social do usuário. Com efeito, no delito de porte de drogas para consumo pessoal, o malefício é presumido e o perigo é abstrato, já que ameaça a saúde pública e afeta a sociedade como um todo. Os efeitos das drogas não atingem somente a pessoa do usuário, mas toda a coletividade, além de fomentar a prática do tráfico, crime de maior gravidade. Resta, portanto, caracterizada a tipicidade formal e material da conduta (tipicidade conglobante). 6. Nesse sentido, conforme assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "[...] não se aplica o princípio da insignificância ao delito contido no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Isso porque trata-se de crime de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida." (...) (Acórdão 1249950, 07077832720198070014, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 18/5/2020, publicado no PJe: 2/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)¹²

APELAÇÃO CRIME. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. ART. 12, DA LEI 10.826/03. POSSE ILEGAL DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ART. 28 DA LEI 11.343/06. (...) CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDUTA TÍPICA.

12 Disponível em <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> acesso em 21 jan. de 2021

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE. (...) Por se tratar de crime de perigo abstrato, no qual a comprovação acerca do mero cometimento da conduta é suficiente a ensejar a tipicidade do crime, não vinga a tese de atipicidade sob a argumentação de ausência de lesividade do bem jurídico tutelado. III - O crime de posse de drogas está previsto na Lei 11.343/2006, cuja finalidade é proteger a saúde pública, e não o usuário individualmente. Trata-se de delito de perigo abstrato de natureza formal, bastando, para a comprovação do ilícito, que o agente pratique um dos cinco verbos nucleares previstos no art. 28, da Lei nº 11.343/06. Daí porque aquele que pratica o delito previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, coloca em risco direto à coletividade, não havendo falar em ofensa à intimidade. (...) (Apelação Crime, Nº 70080277700, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em: 28-03-2019) ¹³

EMBARGOS INFRINGENTES – PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL – ART. 28 DA LEI 11.343/2006 – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CRIME DE BAGATELA – DELITO DE PERIGO ABSTRATO – LESÃO PRESUMIDA – INAPLICABILIDADE – EMBARGOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. O porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006) possui natureza jurídica de crime de perigo abstrato e, bem por isso, independentemente da quantidade de entorpecente, a lesão ao bem jurídico é presumida, circunstância que inibe a aplicação do princípio da insignificância. Com o parecer. Embargos improvidos. (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001252-90.2017.8.12.0015, Miranda, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 17/11/2019, p: 19/11/2019) ¹⁴

É importante notar que este foi uma das questões combatidas no julgamento do Excelso Pretório. Através da citação do parecer exarado pelo membro do Ministério Público naquela ocasião, fez-se claro que o fato de o crime analisado ser de perigo abstrato não pode impedir, de forma absoluta, a aplicação do postulado da insignificância, afinal, mesmo nesses casos, é necessário analisar a lesividade da conduta no caso concreto, se esta é capaz ou não de atingir o bem jurídico resguardado pela norma ou, ao menos, levá-lo a perigo.

Demonstra-se, portanto, através do julgado colacionado, a possibilidade clara da aplicação do princípio da insignificância no crime de posse de entorpecentes para uso pessoal.

4.3. A EFETIVA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO “CRIME” DE USO DE ENTORPECENTES

Resta claro, portanto, que é possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de posse de drogas para consumo pessoal, apesar da grande resistência que tem se mostrado os Tribunais (de Justiça e Superiores) a fazê-lo.

13 Disponível em https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70080277700&codEmenta=7706337&temIntTeor=true acesso em 21 jan. 2021

14 Disponível em <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=944832&cdForo=0> acesso em 21 jan. 2021

O caminho para a admissão é simples: *a priori*, é necessário observar que os requisitos exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do postulado da insignificância não são incompatíveis com o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, colacionado em tópico anterior, o agente portava 0.6g de maconha. Ora, nessa situação, é claro que estão presentes a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. O indivíduo não portava, sequer, uma grama de um entorpecente que, pelo menos a senso comum, não causa danos extensos à saúde de quem o consome, tampouco altos índices de vício.

Por outro lado, não necessariamente essas circunstâncias estarão presentes em todos os casos. Se o caso tratasse de um indivíduo que portasse quantidade expressiva de cocaína e crack, talvez a análise dos requisitos lhe fosse desfavorável, ainda que o fizesse para uso próprio. Apenas a análise do caso em concreto poderia demonstrar a possibilidade ou não de aplicação do postulado da insignificância.

Para além disso, é preciso dissociar a análise da incidência da referida orientação principiológica de contextos que se referem ao infrator, e não à conduta em si, como, por exemplo, a questão da reincidência e maus antecedentes.

Essa é uma visão é tão enraizada que o §2º do art. 28 da Lei de Drogas estabelece que “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (NÃO PRECISA DA FONTE AQUI NÃO? CHECAR).

No entanto, é preciso despir-se dessa ideia, tanto na legislação, quanto nas jurisprudências do caso concreto. É necessário resgatar que o princípio da insignificância incide sob a tipicidade da conduta, de forma que elementos subjetivos, tais quais as condições do acusado e da vítima, não devem ter lugar para admitir ou não a aplicabilidade da insignificância.

Ademais, é necessário abandonar premissas absolutas em relação ao uso de entorpecentes em si, afinal, nem toda substância desse tipo é capaz de causar vício, nem todo o usuário é viciado, e, definitivamente, não são todos os indivíduos que consomem drogas que vão praticar outros crimes para sustentar seu consumo.

De igual forma, é importante que se entenda que o fato de tratar-se de crime de perigo abstrato não dá ao aplicador do direito aval para punição sem qualquer análise da significância

da conduta. É importante observar a efetiva lesividade, no caso concreto, se o agente foi capaz de, com seus atos, ao menos colocar em risco a saúde pública ou a sua própria.

Inobstante, é de suma importância que os julgadores passem a ter critérios mais bem definidos para diferenciar usuários de traficantes.

Pela legislação atual, a única questão que diferencia a incidência do art. 28 da Lei nº 11.343/06 do art. 33 do mesmo diploma legislativo é o dolo. No primeiro caso, tem-se o dolo de consumir, e, no segundo, de comercializar a droga para terceiro. Melhor seria, no entanto, que, para evitar os frequentes abusos do aparelho judiciário, a jurisprudência estabelecesse um patamar mínimo e objetivo para se admitir a imputação pelo tráfico de drogas, a exemplo do que acontece em diversos países, como, por exemplo, a Espanha (QUEIROZ; LOPES, 2018).

É fundamental destacar nesse momento a importância do Projeto de Lei 4.565/2019, que estabelece quantidades específicas abaixo das quais o consumo pessoal de entorpecentes não seria crime. Esse quantitativo poderia ser usado como base, na jurisprudência, nesse momento, para diferenciar com mais clareza usuário de comerciante de drogas.

Entretanto, enquanto não existir um critério quantitativo nesse sentido, e enquanto vigorar a lei que criminaliza a posse de drogas para uso pessoal, cabe ao poder judiciário abandonar a tendência punitivista no que se refere aos crimes envolvendo uso de entorpecentes e passe a cumprir sua função constitucional, assegurando a aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de drogas para uso próprio, vez que não existe óbice técnico para incidência da referida orientação principiológica.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como finalidade a análise da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de entorpecentes para uso pessoal, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06, através da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Foi constatado que o Superior Tribunal de Justiça tem posição firme no sentido de não admissibilidade do postulado da insignificância no supracitado delito, especialmente sob o argumento de que trata-se de crime que afeta a saúde pública da coletividade, não apenas o usuário, bem como que trata-se de crime de perigo abstrato, prescindindo-se de demonstração de perigo concreto para a sociedade. Malgrado exista entendimento contrário, esposado pelo Supremo Tribunal Federal em certa feita, o posicionamento do STJ é esmagadoramente majoritário, posto que vem sendo seguido pelos Tribunais de Justiça pátrios.

Tal posicionamento, no entanto, é extremamente criticável, especialmente porque veda a aplicação do princípio da insignificância a todas as situações relacionadas ao art. 28 da Lei de Drogas, de forma abstrata, sem dar margem para análise, no caso concreto, de efetiva lesividade (ou ao menos risco de lesividade) à sociedade e ao bem jurídico tutelado.

Ademais, trata-se de entendimento que considera preponderantemente circunstâncias relacionadas ao infrator, que remete-nos ao odioso direito penal do inimigo e, como se não bastasse, partindo de premissas que ignoram a realidade de fato em diversas ocasiões, como o fato de que o usuário nem sempre é acometido de vício, tampouco comete outros crimes para sustentar seu consumo.

Por outro lado, é notável que o uso de entorpecentes tem sido visto com mais abrandamento com o passar dos tempos. Na legislação brasileira atual, o usuário não mais é punido com pena privativa de liberdade, e estão em voga questionamentos acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06. O Projeto de Lei Projeto de Lei 4.565/2019, em atual tramitação, também se mostra como um avanço para descriminalização da conduta, o que já foi feito em diversos países outros países da América do Sul.

Se mostra urgentemente necessário que o judiciário brasileiro acompanhe essa tendência e abandone o excesso de punitivismo quanto aos crimes relacionados ao uso de entorpecentes, passando a aplicar de fato os princípios limitadores dos direitos penal também a esses crimes e assegurando que os cidadãos tenham suas garantias fundamentais resguardadas.

Nessa toada, a mudança de entendimento para possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de drogas para uso pessoal é essencial, até porque não existe qualquer óbice para a incidência deste postulado.

Dessa forma, não apenas seriam resguardados as garantias constitucionais dos cidadãos, mas, também, seriam evitadas decisões injustas. Afinal, nada menos justo do que condenar-se um indivíduo que, apesar de não causar dano (ou mesmo risco de dano) à sociedade, tem tolhida sua liberdade absoluta, passando pelo constrangimento e desgaste de um processo penal, o que, fatalmente, gera um estigma social e inúmeros prejuízos individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rejane e; BUENO, Maria Paula; FLORES, André. A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e a sua constitucionalidade em face dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 116-138, jan. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5558>>. Acesso em 13 jan. 2021.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1.** 11ª ed. Local: Editora Saraiva. 2007.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral.** 2ª ed. Local: Editora Atlas. 2015
- CRUZ, Luiz Henrique; BIBLIO, Priscila; SOUZA, Rafaela. A aplicação do princípio da insignificância como forma de efetivação à dignidade do réu. **Percurso**, [S.l.], v. 1, n. 24, p. 72 - 83, jul. 2018. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2869>>. Acesso em: 08 jan. 2021.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª Ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 117, p. 89-114, jan./mar. 1993 | **Revista de processo**, v. 17, n. 67, p. 72-92, jul./set. 1992 | **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, v. 1, n. 1, p. 73- 102, jan./jun. 1993. Disponível em Acesso em 12 de janeiro.2021
- FERRUGEM, Daniela. Guerra às drogas?. **Revista Em Pauta: teoria social e realidade contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 45, 2020. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/47208/31997>>. Acesso em 14 jan. 2021.
- MARIA SOBRINHO, Fernando Martins; GUARAGNI, Fábio André. O princípio da insignificância e sua aplicação jurisprudencial. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 36, p. 373-421, dez. 2014. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1006>>. Acesso em 10 jan. 2021.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral – Vol. 1.** 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2018.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2019.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2008.
- QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas.** 2.ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal y sistema del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Ed. Hamurabi, 2002.
- DA CRUZ, Luiz Henrique Santos; BIBLIO, Priscila; SOUZA, Rafaela. A aplicação do Princípio da Insignificância como forma de efetivação à dignidade do réu. **Revista Percurso**, v. 1, n. 24, 2018. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2869/371371513>> acesso em 27 mar. 2021. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 115.828/PE. Relator: Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG). DJ: 10/11/2008. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802058773&dt_publicacao=10/11/2008> Acesso em 10 jan. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 1543874/DF. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJ: 12/11/2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902117326&dt_publicacao=12/11/2019> Acesso em 10 jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 35.920/DF.
Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz DJ: 29/05/2014. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300564368&dt_publicacao=29/05/2014> Acesso em 10 jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 535.785/DF.
Relator: Ministro Ribeiro Dantas DJ: 16/12/2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902889126&dt_publicacao=16/12/2019> Acesso em 12 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 122.464/BA.
Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/08/2014. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur271498/false>> Acesso em 10 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS: 118972/MG.
Relator: Ministro Gilmar Mendes DJ: 05/09/2014. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur275548/false>> Acesso em 10 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS: 106360/DF. Relator: Ministra Rosa Weber DJ: 04/10/2012. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur215903/false>> Acesso em 10 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS: HC 148484/SP.
Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 24/04/2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402714/false>> Acesso em 12 jan. 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Ed., 3 reimp. Belo Horizonte; São Paulo : D'Plácido, 2020.