

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FERNANDA DE CASTRO JULIANO

**POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA**

**CURITIBA
2009**

FERNANDA DE CASTRO JULIANO

**POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Luiz Taro Oyama.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA DE CASTRO JULIANO

POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de de 2009.

DEDICATÓRIA

A meus pais, por terem sempre me incentivado
a seguir minha vocação e,
pelo esforço e compreensão
em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

AGRADECIMENTOS

A todos que, direta ou indiretamente,
contribuíram para que este se efetivasse.
Meu especial agradecimento ao professor
Luiz Taro Oyama, pela paciência e dedicação
na contribuição para o desenvolvimento desta pesquisa.

Uma causa sem estratégia é irrealizável,
mas uma estratégia sem causa é “cega”; a paixão sem responsabilidade é
incontrolável, mas a responsabilidade sem paixão é parálitica.

Héctor Luis Saint-Pierre

SUMÁRIO

RESUMO	08
1 INTRODUÇÃO	09
2 DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL	11
2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	11
2.2 CONCEITO DE DROGA.....	15
2.3 TIPO PENAL DO ARTIGO 28 DA LEI Nº. 11.343/2006.....	17
2.3.1 Objeto Jurídico.....	18
2.3.2 Sujeitos Ativo e Passivo.....	19
2.3.3 Tipo Objetivo.....	20
2.3.4 Tipo Subjetivo.....	23
2.3.5 Consumação e Tentativa.....	23
2.3.6 Critérios Para a Apuração do Consumo Pessoal.....	25
2.3.7 Sanções Aplicáveis.....	26
2.3.7.1 Advertência sobre os efeitos das drogas.....	27
2.3.7.2 Prestação de serviços à comunidade.....	28
2.3.7.3 Comparecimento a programa ou curso educativo.....	29
2.3.7.4 Prazo de duração.....	29
2.3.7.5 Instrumentos de garantia.....	30
2.3.7.6 Tratamento especializado.....	32
2.3.8 Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica.....	33
2.3.9 Despenalização da Conduta.....	34
2.3.10 Prescrição.....	38
3 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	40
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	40
3.2 CONCEITO.....	42
3.3 IMPORTÂNCIA E CONTEÚDO JURÍDICO.....	45
3.4 NATUREZA JURÍDICA.....	49
3.5 FUNDAMENTOS.....	51
3.5.1 Princípio da Legalidade.....	51
3.5.2 Princípio da Liberdade.....	53
3.5.3 Princípio da Igualdade.....	54

3.5.4 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.....	55
3.5.5 Princípios da Intervenção Mínima e da Lesividade.....	57
3.5.6 Princípio da Adequação Social.....	58
3.5.7 Caráter Fragmentário e Subsidiário do Direito Penal.....	59
4 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL.....	61
4.1 ASPECTOS GERAIS.....	61
4.2 POSICIONAMENTO FAVORÁVEL.....	64
4.3 POSICIONAMENTO DESFAVORÁVEL.....	67
4.4 POSICIONAMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DO PARANÁ.....	69
4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
5 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

RESUMO

O tema deste estudo refere-se ao crime de posse de droga para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, mais especificamente, à possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância a esta modalidade criminosa. Dentro desse contexto, explora-se mais a fundo a forma de penalização do usuário de drogas, o qual passou ter tratamento privilegiado em relação ao diploma legal anterior, não havendo mais cominação de pena privativa de liberdade. Neste prisma, parte da doutrina e da jurisprudência posicionam-se no sentido da inviabilidade de incidência do princípio da bagatela a este tipo penal, considerando que, por se tratar de crime de perigo abstrato, a efetiva ofensa ao bem jurídico é irrelevante. Todavia, existem entendimentos que apresentam a possibilidade de sua aplicação, quando se tratar de quantidade absolutamente ínfima de droga. Em suma, a intenção do presente trabalho é justamente a demonstração destes critérios, bem como da viabilidade ou não de aplicação deste princípio no crime de posse de droga para consumo pessoal. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto para se obter uma conclusão adequada.

Palavras-chave: Droga; Usuário; Penalização; Insignificância; Incidência.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico abordará a problemática da alteração legislativa trazida pela Lei nº. 11.343/2006 (nova Lei Antidrogas) que, ao tipificar o crime de posse de droga para consumo pessoal, trouxe dúvidas quanto à efetiva descriminalização da referida conduta, bem como a possibilidade ou não de se aplicar o princípio da insignificância a esta modalidade criminosa.

Para tanto, levou-se em consideração a construção doutrinária a respeito deste postulado e os diversos posicionamentos quanto à sua aplicação ao mencionado delito.

O artigo 28, “caput”, da nova Lei Antidrogas passou a estabelecer medidas preventivas ao crime de posse de droga para consumo pessoal, constituindo políticas de atenção e ressocialização do usuário.

Diante desta alteração ideológica, mesmo tendo permanecido ilícito o uso indevido de drogas, a política repressiva deixou de existir e as condutas anteriormente punidas com pena privativa de liberdade passaram a ser apenadas com medidas sócio-educativas.

Em se tratando de crime de perigo abstrato, diante do qual não há necessidade de efetiva deterioração do bem jurídico tutelado (saúde pública), observa-se que existem posições divergentes acerca da incidência do princípio da insignificância nesse delito.

Como é sabido, o Direito Penal pauta-se pelo princípio da intervenção mínima, devendo atuar apenas quando outros meios forem insuficientes em garantir

a proteção dos bens jurídicos, visto que a sanção criminal deve ser aplicada em último caso, por se tratar de uma intervenção estatal mais grave na esfera individual.

Incumbe ao legislador realizar a seleção dos bens considerados fundamentais em nossa sociedade. Entretanto, cabe ao julgador decidir, diante do caso concreto, se a amplitude da lesão a estes bens irá acarretar a sanção criminal. Neste diapasão, verifica-se que só haverá tipicidade quando ocorrer relevante lesão ao bem jurídico-penal, restando excluídos os delitos conhecidos como de bagatela.

Assim, diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, o princípio da insignificância deverá ser aplicado para afastar a tipicidade da conduta cuja lesão ao bem jurídico é ínfima.

O ponto de partida é justamente conceituar e estabelecer os elementos que delineiam o crime de posse de droga para consumo pessoal, bem como analisar a problemática do novo dispositivo legal, o qual atenuou significativamente as penas aplicáveis a este delito.

Em seguida, serão abordados os principais aspectos relativos ao princípio da insignificância, estabelecendo-se uma evolução histórica, o conceito, importância e conteúdo jurídico, natureza jurídica e, por fim, os seus fundamentos.

Derradeiramente serão apresentadas as divergências doutrinárias acerca da aplicabilidade deste princípio ao delito em questão, o que culminará com as conclusões referentes ao tema.

Como se vê, após traçado o esqueleto didático desta pesquisa, a idéia é de um debate acerca de um tema já muito discutido, mas que não está esgotado, muito menos ausente de polêmicas.

Essa é a proposta.

2 DA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O consumo de drogas pelo homem ocorre desde as civilizações antigas, inclusive indígenas, que extraíam substâncias de cascas de árvores, frutos e fluidos de animais, as quais se destinavam à cura de diversas doenças e, até mesmo, à obtenção de efeitos alucinógenos.¹

Há registro de que o ópio e a “cannabis” já eram utilizados desde o ano 3.000 antes de Cristo. Ao longo do tempo o consumo indevido de drogas aumentou significativamente, tornando-se criminalmente punível, em razão de questões sociais, culturais, políticas e econômicas.²

No Brasil, a história do combate às drogas iniciou com o Livro V das Ordenações Filipinas, que punia aquele que fizesse uso ou comercializasse substâncias tóxicas, como o rosalgar e o ópio, podendo este até mesmo ser expulso do Brasil e se enviado para a África.³

Em 1938, foi promulgada a Lei de Fiscalização de Entorpecentes (Decreto-lei nº. 891/38), a qual estabeleceu um rol de substâncias entorpecentes consideradas

¹ LESSA, Maria Bernadete Medeiros. Os paradoxos da existência na história do uso das drogas. 1998. **Instituto de Psicologia Fenomenológico – IFEN**. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ifen.com.br/artigos.htm>>. Acesso em 09/07/2009.

² GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 110.

³ Id., Ibid.

capazes de causar dependência química, sendo esta considerada doença de notificação obrigatória.⁴

Nessa época, o tratamento legal não se distinguia entre traficantes e usuários. Apenas quanto aos dependentes de droga é que se conferia um tratamento especializado, cabendo àqueles que assim se declarassem a aplicação de medidas de internação, pelo Juízo Criminal e, interdição civil, pelo juiz de Órfãos, ambos sob a fiscalização do Ministério Público.⁵

Em 21 de outubro de 1976, sobreveio a Lei nº. 6.368 que tipificou, em seu artigo 16, o porte para uso próprio, enquadrando neste artigo aquele que adquirir, guardar ou trazer consigo substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. De acordo com este dispositivo, tal conduta caracteriza perigo à saúde pública, a qual se sobrepõe ao direito à intimidade do usuário, sendo apenas com pena privativa de liberdade de seis meses a dois anos de detenção.⁶

Observa-se que já se estabelecia distinção entre usuário e traficante, uma vez que a pena aplicável a este se dava de forma mais severa, entre três a quinze anos de reclusão. Segundo Samuel Miranda Arruda, "(...) ações idênticas amoldavam-se a um ou outro desses tipos penais dependendo da finalidade que movera o sujeito ativo"⁷.

Após 25 anos, adveio a Lei nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, a qual pretendia revogar a Lei nº. 6.368/76, o que, entretanto, não ocorreu em decorrência de diversas inconstitucionalidades e deficiências técnicas presentes no projeto

⁴ GOMES, Abel Fernandes. et. al. **Nova Lei Antidrogas**: Teoria, crítica e comentários à Lei nº 11.343/2006. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 140.

⁵ Id., Ibid.

⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação jurisdicional**. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.2. p. 3229-3230.

⁷ ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas**: aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007. p. 17.

apresentado. Por este motivo, todos os artigos referentes ao capítulo que definia crimes foram vetados, tendo vigorado apenas a sua parte processual. Com isso, continuavam em vigor os delitos estabelecidos na lei anterior (Lei nº. 6.368/76), aplicando-se somente os dispositivos referentes à instrução criminal e ao procedimento penal da nova Lei.⁸

Ambos os diplomas legais foram revogados expressamente pelo artigo 75 da Nova Lei Antidrogas (Lei nº. 11.343 de 24 de agosto de 2006), decorrente de um projeto originário do Senado Federal (PLS 115, de 2002), a qual entrou em vigor quarenta e cinco dias após a data de sua publicação, conforme determina o artigo 74, ou seja, no dia 08 de outubro de 2006.⁹

Considerando que o Brasil esboça papel relevante no combate ao tráfico ilícito de drogas e ao seu consumo indevido, tanto no campo nacional como internacional, busca-se equilibrar as políticas de repressão e prevenção destas condutas, através de tratamentos jurídicos diversos para cada um destes agentes.¹⁰

Salvador José Barbosa Júnior assevera que:

A nova legislação, como se pode notar, deixa bem claro que há certa preocupação com a saúde do usuário, em que pese ainda ser considerado delito o porte de entorpecente para consumo próprio. Mas o mais importante é ressaltar a intolerância com a atividade do traficante de droga, a ponto de reservar apenas a prisão como resposta penal a essa conduta. Portanto, é possível extrair das soluções legislativas endereçadas às duas condutas que o legislador valorou de modo diferenciado bens jurídicos distintos.¹¹

⁸ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 17.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 109.

¹⁰ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. A Nova Lei de Drogas e a Proibição da Pena Restritiva de Direitos ao Condenado por Tráfico de Entorpecentes. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo. v. 7. n. 40. out./nov., 2006. p. 13.

¹¹ Id., Ibid.

Conforme esclarece Luiz Flávio Gomes:

A idéia fundamental do novo tratamento legislativo e judicial exige, para sua efetividade, um **tratamento diferenciado entre o usuário/dependente e o traficante**, objetos de tutela judicial diversos. Consolida este modelo **não só a separação processual, mas é essencial que os destinatários de cada modelo sejam processados em unidades jurisdicionais diferentes**, como previsto no sistema geral da nova Lei: **Juizado Especial para usuários/dependentes** e justiça comum para traficantes.

As **varas especializadas para o julgamento de crimes que envolvam drogas** certamente serão fundamentais para a repressão, no contexto do modelo retributivo, porém representarão sensível retrocesso se passarem a acumular em um mesmo ambiente jurisdicional, atividades preventivas de cunho terapêutico, baseadas no **modelo sistêmico restaurativo** que é voltado ao acolhimento, à prevenção da reincidência, à atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.¹² **Grifo é nosso**

Diante destas inovações o legislador definiu as condutas do usuário e do traficante em títulos diversos, tendo cada um deles uma finalidade própria. O Título III da nova Lei se destina às atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.¹³

Nesse passo, foi instituído o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD)¹⁴, o qual deverá materializar os objetivos desta Lei. Tais objetivos não se coadunam com a pena privativa de liberdade que, por este motivo, foi abolida em relação ao usuário.

Além disso, cumpre observar que as condutas descritas no Capítulo III deste Título são infrações de menor potencial ofensivo, as quais serão processadas e julgadas na forma do artigo 60 e seguintes da Lei nº. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

¹² GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 22.

¹³ GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 53.

¹⁴ Art. 1º, Lei 11.343/06 - Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Em suma, advieram diversas modificações no campo das medidas de repressão e prevenção do tráfico e o uso indevido de drogas, tanto no aspecto penal como no aspecto procedimental. Ao presente estudo cabe a apresentação das inovações relacionadas à figura do usuário de drogas, mais especificamente à conduta descrita no “caput” do artigo 28¹⁵.

2.2 CONCEITO DE DROGA

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, a droga caracteriza o objeto material do delito de posse de droga para consumo pessoal.¹⁶

A Lei nº. 6.368/76, em seu artigo 1º, fazia referência à substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, tratando de forma mais genérica estas substâncias potenciais à modificação de determinadas funções orgânicas no ser humano.

Para as antigas leis (6.368/76 e 10.409/2002) o termo “substância entorpecente”, de acordo com o que ensina Hilário Veiga de Carvalho e Marco Segre apud Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

(...) aplica-se, em farmacologia, mais especificamente às substâncias do grupo dos hipno-analgésicos, entre os quais se salientam o ópio e seus derivados, a morfina, a codeína, a heroína, e, ainda, a petidina e a metadona.¹⁷

¹⁵ 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.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 305.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit. p. 3121.

A Lei 11.343/2006 passou a utilizar o termo “droga”, conceituando-o no artigo 1º, parágrafo único, além do seu artigo 66, vejamos o texto da Lei:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

[...]

Art. 66 Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Diante disso, observa-se que o referido termo dependerá de Portaria específica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão governamental vinculado ao Ministério da Saúde, a quem compete estabelecer o rol das substâncias, naturais ou artificiais, que sejam consideradas ilegais do ponto de vista da nova Lei Antidrogas. Portanto, trata-se de norma penal em branco, a qual necessita de norma complementar que lhe ofereça condições para a devida aplicação.¹⁸

Por seu turno, Luiz Flávio Gomes acrescenta que “(...) Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (...)”¹⁹.

Dessa maneira, o autor da infração penal somente incorrerá no tipo de posse de droga para consumo pessoal, se a substância em questão estiver sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ou seja, droga ilícita no Brasil, conforme dispõe o artigo 28 da nova Lei.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 304.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 26.

2.3 TIPO PENAL DO ARTIGO 28 DA LEI Nº. 11.343/2006

Conforme ensina Abel Fernandes Gomes et. at., a tipificação do “caput” do artigo 28 substituiu o artigo 16 da antiga Lei nº. 6.368/76, sendo que descreve as condutas relacionadas ao consumo indevido de drogas. Contudo, considerando que não mais se justifica a prisão, o legislador estabelece medidas prevencionistas, constituindo políticas de atenção e ressocialização dos usuários de drogas.²⁰

Trata-se de importante mudança ideológica, uma vez que, mesmo tendo permanecido ilícito o uso indevido de drogas, a política repressiva deixou de existir e as condutas anteriormente punidas com pena privativa de liberdade passaram a ser apenas com medidas sócio-educativas, não incidindo, em hipótese alguma, prisão do agente.²¹

Quanto a esta mudança, Luiz Flávio Gomes entende que:

Resumidamente, a nova posição legislativa sobre o usuário caracteriza-se pelo seguinte: (a) não associação do uso de drogas com a “**demonização política e social**” (leia-se: o usuário de droga não deve ser visto como um “**demônio**” ou criminoso); (b) a sobrevivência da sociedade não depende só da política repressiva; (c) a política do uso controlado, como o álcool, pode dar bom resultado; (d) o uso de droga não é assunto prioritário da polícia (sim, de saúde pública). A novíssima legislação brasileira sobre o assunto representa um avanço e está tendencialmente em consonância com a política europeia de redução de danos.²² **Grifo é do autor**

Por sua vez, Cesare Beccaria assevera que:

(...) a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que está praticado. [...] é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.²³

²⁰ GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 08-09.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 27-28.

²² GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 119.

²³ BECARRIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 49.

Portanto, observa-se que a exclusão da pena privativa de liberdade se deu de forma acertada, visto que o usuário de drogas, por si mesmo, não representa perigo real para a sociedade, e o objetivo da nova Lei Antidrogas é a sua reinserção social.

2.3.1 Objeto Jurídico

No que tange ao bem jurídico tutelado, há que se considerar tanto o objeto jurídico imediato, bem como o mediato. De acordo com Luiz Flávio Gomes:

(...) o bem jurídico (objeto jurídico) tutelado imediato é a saúde pública. Objetos jurídicos mediatos são a vida, a integridade física, a saúde física e psíquica das pessoas etc. O que pretende a norma em destaque, portanto, é justamente proteger todos esses bens jurídicos (imediato e mediatos).²⁴

Deste modo, vislumbra-se que o objetivo do tipo penal em questão é a proteção de um bem jurídico difuso, sendo que a saúde pública pode ser afetada em diversos aspectos.

Acrescente-se que, em se tratando crime de perigo abstrato, diante do qual não há necessidade de efetiva deterioração, o mero risco produzido pelo uso indevido de drogas já configura ofensa ao bem jurídico.

Segundo Damásio de Jesus apud Abel Fernandes Gomes et. al.: “(...) a saúde pública é um ***bem jurídico difuso*** e, como tal, é atingida, lesionada e não meramente exposta a risco quando alguém realiza alguma das condutas típicas previstas nas normas mencionadas”.²⁵ **Grifo é do autor**

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 152.

²⁵ GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 57-58.

2.3.2 Sujeitos Ativo e Passivo

Em se tratando de crime comum o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa imputável, não se admitindo o concurso de pessoas, haja vista a Lei ter estabelecido tipo penal específico para tanto (artigo 33, § 3º).²⁶

Quanto aos inimputáveis, em se tratando de menor de dezoito anos, deverão ser aplicadas as medidas sócio-educativas cabíveis (de acordo com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente), não podendo estas acarretar maior gravidade que as penalidades do artigo 28 da Lei 11.343/2006, em razão do princípio da proporcionalidade.²⁷

Também, por força do artigo 45 desta Lei, será isento de pena aquele que se declarar dependente²⁸, ou estiver sob o efeito de drogas, em decorrência de caso fortuito ou força maior e, no momento dos fatos era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da ação ou omissão. Neste caso, ainda, poderá o juiz encaminhar o agente para tratamento médico que entenda adequado.

O sujeito passivo, de acordo com os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, é a sociedade. Isto porque, o tipo penal de posse de droga para consumo pessoal não se destina à proteção da saúde do próprio autor, uma vez que o nosso sistema penal não pune a autolesão, mas sim o dano potencial a que está sujeita a coletividade em decorrência destas condutas.²⁹

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 151.

²⁷ Id., Ibid.

²⁸ A figura do usuário não se confunde com a do dependente de drogas, tendo em vista que nem sempre o usuário torna-se dependente. Assim, somente o usuário poderá responder pelo tipo penal em questão, vez que o dependente é considerado doente mental pelo nosso sistema jurídico-penal, sendo, portanto, inimputável.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 304.

2.3.3 Tipo Objetivo

Em se tratando de crime de ações múltiplas, o núcleo essencial deste tipo são os cinco verbos que observam as condutas passíveis de punição pelo sistema jurídico-penal.

Conforme esclarece Luiz Flávio Gomes, “para fins penais, entende-se por usuário de drogas (doravante) quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga proibida”.³⁰

Samuel Miranda Arruda acrescenta que a nova Lei ampliou as possíveis condutas do usuário de drogas, sendo que, além das condutas de “adquirir”, “guardar” e “trazer consigo”, já existentes na Lei 6.368/76, inclui a descrição das condutas de “ter em depósito” ou “transportar droga”, com a finalidade de consumi-la.³¹

Tais condutas, uma vez sendo praticadas, de forma isolada, cumulativa ou sucessiva, serão punidas uma única vez por infração a essa disposição legal, desde que estejam dentro da mesma situação delituosa.³²

Segundo Luiz Flávio Gomes o verbo “adquirir”: “significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. Não importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, doação, pagamento à vista, à prazo, pagamento em dinheiro, em cheque etc.”³³

Deste modo, para que o agente incida nesta conduta típica, basta que tenha a propriedade da droga, independente se pagou ou não para tanto.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 111.

³¹ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 22.

³² GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 09.

³³ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 149-150.

Conforme elucidado por Vicente Greco Filho apud Abel Fernandes Gomes et. al., as condutas de “guardar” e “ter em depósito” são condutas permanentes, se distinguindo, não apenas pelo lapso temporal que o sujeito ativo detém a coisa, como também pelo título sob o qual este mantém a posse. Isto porque, no primeiro caso esta posse se dá em nome de outrem, durante um breve espaço de tempo, ao passo que a segunda conduta se apresenta pela intenção de conservar a droga por um período mais duradouro, a fim de diretamente consumi-la.³⁴

Quanto ao verbo “transportar”, para Abel Fernandes Gomes et. al., este exprime: “(...) a conduta daquele que faz com que a droga seja movimentada de um lado para o outro por qualquer meio ou forma”.³⁵

Por fim, de acordo com Luiz Flávio Gomes, “trazer consigo” diz respeito à conduta de portar a droga. “Fundamental sempre é a disponibilidade de acesso, de uso. Não importa o local em que o agente traz consigo (no bolso, na carteira, na mala, na mochila, no porta-luvas do carro etc.)”.³⁶ Trata-se de transporte específico, sendo que, para a configuração desta conduta, o autor da ação deve estar portando a droga junto de si, com a possibilidade de alcançá-la.

Além disso, conforme já visto anteriormente, este tipo penal somente irá se configurar se a conduta ligada ao verbo estiver acompanhada de um dos elementos normativos específicos contidos na norma, ou seja, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Apesar de serem considerados fatores meramente vinculados à ilicitude do fato, tais elementos estão inseridos no próprio tipo penal, sendo necessário que estejam devidamente preenchidos para que se caracterize a tipicidade do fato.³⁷

³⁴ GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 10.

³⁵ Id., Ibid.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 150.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 304.

Destarte, caso não exista expressa proibição legal ou, ainda, haja anuência da autoridade competente para que o agente venha a adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, para consumo pessoal, a conduta será atípica.³⁸

Ademais, discute-se se as alterações trazidas pela nova Lei poderiam desvirtuar as finalidades deste novo dispositivo legal, passando a haver maior enquadramento dos usuários como traficantes, o que poderia prejudicar o âmbito da punição justa quanto ao crime de porte de entorpecente para uso próprio.

Neste prisma, entende Samuel Miranda Arruda que:

(...) agiu muito bem o legislador reformador ao ampliar o leque das condutas que podem ser reconhecidas como infrações penais de consumo de drogas, evitando-se a possibilidade de injusta sujeição do agente às pesadas sanções estabelecidas para os traficantes [...]. Os verbos empregados pelo legislador como núcleo deste tipo penal parecem não oferecer dificuldades de compreensão e interpretação.³⁹

Deste modo, tendo a Lei nº. 11.343/2006 estabelecido distinção da figura do traficante com a do mero usuário de drogas, o que se espera é justamente o impedimento do desvio de finalidade, no momento de se estabelecer a punição ao agente.

³⁸ Id., Ibid.

³⁹ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 23.

2.3.4 Tipo Subjetivo

A conduta tipificada no “caput” do artigo 28 somente pode ser imputada a título de dolo, o qual consiste na vontade livre e consciente de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, com a finalidade específica de consumi-la, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁴⁰

O ordenamento jurídico brasileiro não acolhe a modalidade culposa, sendo que, neste caso, a conduta será considerada atípica.⁴¹

Acrescente-se que, para aquele indivíduo que se encontra na posse sem saber que se trata de droga (erro invencível⁴²), incidirá o erro de tipo, disposto no artigo 20, “caput” do Código Penal, ou seja, exclusão do dolo. Já no caso do agente possuir a droga acreditando não ser proibida, incidirá o erro de proibição do artigo 21 do Código Penal, ou seja, excludente de culpabilidade.⁴³

2.3.5 Consumação e Tentativa

Por se tratar de crime de perigo abstrato e de ação múltipla, consuma-se com a simples realização de qualquer um dos verbos contidos no tipo, não sendo necessário o efetivo resultado danoso ao bem jurídico tutelado. Entretanto, faz-se

⁴⁰ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 23.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 150.

⁴² Não sendo admissível a forma culposa neste delito, nos casos de erro vencível haverá atipicidade da conduta.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 150-151.

necessária a prova da idoneidade lesiva da conduta e caráter tóxico da droga, o qual deverá ser devidamente enumerado pela ANVISA.⁴⁴

Samuel Miranda Arruda entende que:

Ao menos na modalidade “**adquirir**” o tipo penal previsto no artigo 28 admite a ocorrência da tentativa. A doutrina considera consumada a infração nesses casos não com a tradição da droga, mas sim com o ajuste para a compra, o fechamento do negócio. De toda forma, pelo menos em tese, é possível vislumbrar a possibilidade de tentativa no processo de aquisição da droga.⁴⁵ **Grifo é do autor**

Ainda, este mesmo autor entende que, no caso de configuração de tentativa, mesmo que as penas cominadas ao artigo 28, por sua natureza, não comportem redução, esta poderá incidir no prazo de cumprimento previsto no § 3º deste artigo.⁴⁶

Entretanto, na visão de Luiz Flávio Gomes, mesmo que a tentativa seja admissível do ponto de vista fático, não há que se falar em punição do agente que sequer conseguiu realizar qualquer das condutas previstas no tipo penal em questão.⁴⁷

Isto porque, em se tratando de crime de perigo abstrato, não havendo necessidade da produção do resultado, somente se pode punir aquele indivíduo que efetivamente realizou alguma das condutas descritas na norma, caso contrário, a conduta será atípica.

Motivo maior para tanto é que a nova Lei Antidrogas não prevê punição expressa pela tentativa, não podendo, portanto, incidir o artigo 14, parágrafo único do Código Penal.⁴⁸

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 152-153.

⁴⁵ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 24-25.

⁴⁶ Id., Ibid. p. 25.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 153.

⁴⁸ Art. 14 [...] Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

2.3.6 Critérios Para a Apuração do Consumo Pessoal

Para a configuração do delito em questão, deve-se levar em consideração a natureza e a quantidade da droga apreendida. O § 2º do artigo 28 deixa a cargo do julgador a análise dessa quantidade para que possa concluir se a conduta se amolda ao tráfico ilícito ou consumo indevido de drogas.⁴⁹

Além do critério de apreciação da natureza e quantidade, faz-se necessária a análise do local e condições em que se desenvolveu a ação, bem como das circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente infrator.⁵⁰

Guilherme de Souza Nucci assevera que:

Para distinguir o crime de tráfico ilícito de entorpecentes do simples porte para uso nunca foi tarefa fácil e continuará a ser árdua atribuição do magistrado. [...] é fundamental que se verifique, para a correta tipificação da conduta, os elementos pertinentes à natureza da droga, sua qualidade, avaliando o local, condições gerais, circunstâncias envolvendo a ação e a prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.⁵¹

Em seguida, este mesmo autor cita a seguinte jurisprudência:

TJMG: Para a distinção entre traficante e o usuário, o art. 37 da Lei 6.368/76 prevê a tipificação do infrator após a adoção de vários critérios valorativos – dentre eles a quantidade da substância entorpecente apreendida e a maneira como ela está acondicionada – não havendo, no entanto, hierarquia de valores. (Ap. 1.0024.04.195574-1, rel. Paulo César Dias, 22.03.2005, DJ 04.05.2005)⁵²

⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 16. n. 71. mar./abr., 2008. p. 192.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 307-308.

⁵¹ Id., Ibid.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 308.

Diante disso, conclui-se aquele que, além de ter bons antecedentes e boa conduta social, for apreendido com pequena quantidade de droga, receberá as penas previstas para o usuário.

Ressalte-se que tais critérios somente poderão ser considerados pelo julgador, caso efetivamente tenha sido constatado que a droga apreendida destinava-se ao consumo pessoal do agente.⁵³

Contudo, em se tratando de ínfima quantidade, a ponto de não projetar o perigo reclamado, questiona-se a aplicabilidade do princípio da insignificância nestes casos. Tal discussão configura objeto de estudo do presente trabalho, sendo mais bem tratado no Capítulo 4.

2.3.7 Sanções Aplicáveis

Conforme já discorrido anteriormente, as penalidades para o usuário de drogas passaram a ter cunho prevencionista, uma vez que o artigo 28 da nova Lei extinguiu a pena privativa de liberdade passando a estabelecer políticas de atenção e ressocialização, por meio de medidas sócio-educativas aplicáveis ao agente.

Este artigo passou a prever as penas de advertência sobre os efeitos das drogas (inciso I), prestação de serviços à comunidade (inciso II) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inciso III).

De acordo com o artigo 27 desta Lei, tais medidas poderão ser aplicadas conjuntamente ou de forma isolada, dependendo da gravidade do fato e

⁵³ Id., *Ibid.*

reprovabilidade da conduta, bem como poderão ser substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

2.3.7.1 Advertência sobre os efeitos das drogas

Quanto à advertência, Samuel Miranda Arruda entende que “trata-se de verdadeira admoestação ao agente, embora com caráter de aconselhamento, visando muito mais ampará-lo e auxiliá-lo, evitando que volte a fazer uso de substância entorpecente, do que propriamente puni-lo”⁵⁴. Cuida-se de uma sanção de natureza preventiva, já que o objetivo principal é de evitar que a conduta venha a se repetir.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

O juiz deve designar audiência específica para tanto, nos moldes da audiência admonitória de concessão de **sursis**, para que, formalmente, o réu seja advertido (avisado, censurado levemente) sobre os efeitos negativos da droga em relação à sua saúde e à de terceiros. Parece-nos fundamental que a advertência, cuja natureza jurídica é de pena, seja reduzida a termo e assinada pelo magistrado, pelo réu, seu defensor e pelo representante do Ministério Público.⁵⁵ **Grifo é do autor**

Deste modo, observa-se que esta advertência tem conteúdo amplo, dando-se no sentido de alertar o agente infrator, de forma verbal, sobre todas as possíveis conseqüências que o consumo da droga pode acarretar.

⁵⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 25.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 306.

2.3.7.2 Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviços à comunidade “é espécie do gênero pena restritiva de direito e é regulada genericamente por meio do artigo 46 do CP”⁵⁶. Por conseguinte, esta medida deverá seguir a sistemática estabelecida pelo Código Penal, observadas as peculiaridades contidas na Lei nº. 11.343/2006.

De acordo com a nova Lei, a pena é independente e com prazo próprio, sendo fixado o mínimo de um dia, considerando a impossibilidade de haver pena em horas⁵⁷, e o máximo de cinco meses, consoante o disposto no § 3º do artigo 28.⁵⁸

Além disso, conforme dispõe o §3º do artigo 46 do Código Penal, trata-se de tarefas gratuitas, as quais deverão ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas conforme a disponibilidade do condenado, de modo a não prejudicar a sua jornada normal de trabalho.

Ademais, o § 5º do artigo 28 da nova Lei determina que a pena seja cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se destinem à prevenção do consumo ou à recuperação dos dependentes de drogas.

⁵⁶ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 26.

⁵⁷ Art. 11 (Código Penal). Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 306.

2.3.7.3 Comparecimento a programa ou curso educativo

A medida de comparecimento a programa ou curso educativo se assemelha à sanção prevista no inciso I, tratando-se da exigência de freqüência a cursos ou palestras de cunho educativo, os quais deverão versar sobre o uso da droga tendo o propósito de facilitar a reinserção social do agente.

Apesar de ser uma inovação trazida pela Lei nº. 11.343/2006, a sua forma de cumprimento não foi devidamente regulamentada.⁵⁹ Destarte, nota-se que tal determinação passa a ser atribuição do magistrado, conforme assevera Luiz Flávio Gomes:

(...) cabe ao juiz fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer. Impõe-se ainda determinar a freqüência (quantos dias por semana, horário, local etc). Se o juiz não esclarecer nada disso na sua sentença, cabe ao juiz das execuções fazê-lo (art. 86 da Lei dos Juizados Criminais).⁶⁰

Portanto, a forma de cumprimento da medida de comparecimento a programa ou curso educativo dependerá da deliberação do juiz.

2.3.7.4 Prazo de duração

De acordo com o disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 28, o prazo de duração das medidas previstas nos incisos II e III não poderá ser fixado por tempo superior a

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 306.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 156.

cinco meses, salvo no caso de reincidência específica, situação em que incidirá o prazo de dez meses.⁶¹

Conforme esclarece Nereu José Giacomolli, “essa denominada ‘reincidência’ tem interpretação restrita, isto é, no âmbito do consumo; nessa esfera não ingressa outra reincidência e nem sai a de consumo”.⁶² **Grifo é do autor**

Assim sendo, se o agente for novamente condenado como incurso nas sanções do artigo 28, respeitado o período de cinco anos a contar da extinção da punibilidade (artigo 64, inciso I do Código Penal), as penas previstas nos incisos II e III do referido artigo serão fixadas pelo período de até dez meses.⁶³

2.3.7.5 Instrumentos de garantia

Não obstante a natureza preventiva e de cunho sócio-educativo das penas fixadas ao usuário de drogas, há que se considerar a possibilidade de descumprimento destas medidas, uma vez que não existe a possibilidade de obrigar o condenado a cumpri-las.⁶⁴

O § 6º do artigo 28 prevê sanções alternativas para o caso de descumprimento das medidas acima enumeradas, sendo estas: a admoestação verbal ou multa, as quais se darão de forma sucessiva.

⁶¹ GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 15.

⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit. p. 193.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 308.

⁶⁴ Id., Ibid. p. 309.

Guilherme de Souza Nucci entende que:

O descumprimento das medidas decorrentes dos incisos I a III, a que se refere o *caput* do art. 28, dará ensejo, em primeiro lugar, a uma audiência em que o juiz admoestará verbalmente o condenado a cumprir o que lhe foi fixado, ao menos em relação à prestação de serviços à comunidade e à frequência a curso. Sendo verbal, nem mesmo será reduzida a termo, tornando-se solene e formal. Por outro lado, somente dada essa chance ao condenado – e ainda assim insistindo em não cumprir o que lhe cabia fazer – passará o magistrado ao estabelecimento da pena de multa, nos valores sugeridos pelo art. 29. Não é possível promover concomitantemente, a admoestação e a fixação da multa para compelir o sentenciado a cumprir as obrigações dos incisos II e/ou III do art. 28, *caput*.⁶⁵

Para João Carlos Carollo, trata-se de instrumentos de garantia para o cumprimento das penas estabelecidas nos incisos deste artigo, tendo em vista a sua evidente brandura.⁶⁶

A admoestação verbal diz respeito à censura branda feita de forma oral, pela qual o magistrado deverá registrar, de forma suficientemente enfática, a seriedade do cumprimento da pena.⁶⁷

No que tange à pena de multa, Aldo de Campos Costa salienta que a multa prevista no § 6º não tem natureza jurídica de sanção penal, tratando-se apenas de um mecanismo de coerção patrimonial imposto ao executado, no sentido de induzi-lo ao cumprimento da ordem judicial.⁶⁸

Conforme dispõe o artigo 29 da nova Lei, o juiz, considerando a reprovabilidade da conduta, fixará os dias-multa em número nunca inferior a quarenta nem superior a cem, atribuindo, em seguida, o valor de um trinta avos até

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 309.

⁶⁶ CAROLLO, João Carlos. Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9213>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 310.

⁶⁸ COSTA, Aldo de Campos. O porte de entorpecentes deixou de ser uma infração de menor potencial ofensivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1857, 1 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11549>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

três vezes o valor do maior salário-mínimo vigente, de acordo com a capacidade econômica do réu.

Ademais, o parágrafo único deste mesmo artigo determina que os valores pagos sejam destinados ao Fundo Nacional Antidrogas. Todavia, acrescenta Abel Fernandes Gomes et. al. que, não sendo efetuado o pagamento devido, este se converterá em dívida de valor e poderá ser executada.⁶⁹

Portanto, diante do acima exposto, havendo descumprimento das penas previstas nos incisos do artigo 28 caberá, sucessivamente, a aplicação de meios coercitivos para tanto, os seja, admoestação verbal ou multa.

2.3.7.6 Tratamento especializado

Dispõe o artigo 28, § 7º que: “O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

Trata-se de norma extrapenal, a qual, embora esteja inserida na Lei, não possui caráter de sanção, sendo apenas uma medida administrativa oferecida pelo Poder Público, a fim de beneficiar, por meio de programas de recuperação, aquele que se declare dependente de drogas.⁷⁰

Observa-se que não há imposição ao infrator, sendo que esta medida dependerá da sua adesão. Assim, o não cumprimento por parte do condenado não

⁶⁹ GOMES, Abel Fernandes. et. al. Op. cit. p. 17.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 170-171.

lhe acarretará nenhuma consequência negativa, afastando-se, com isso, eventual reincidência.⁷¹

2.3.8 Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica

Tendo ocorrido a extinção da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, assevera Guilherme de Souza Nucci que a atual tipificação do delito de posse de droga para consumo pessoal tem perfil evidentemente favorável, em comparação à sua anterior tipificação do artigo 16 da Lei nº. 6.368/76.⁷²

De acordo com o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

No **conflito de leis penais no tempo**, é indispensável investigar qual a que se apresenta mais **favorável** ao indivíduo tido como infrator. [...] quando a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência. [...] Admite-se, no **Direito Transitório**, a aplicação retroativa da lei mais benigna, hoje princípio consagrado em nossa Constituição Federal (art. 5º, XL). (...) ⁷³ **Grifo é do autor**

Desta forma, de acordo com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, assegurado pelo artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, a pena privativa de liberdade estabelecida para os condenados à prática do delito de posse de droga para consumo pessoal, ocorrida antes da vigência da Lei nº. 11.343/2006, deverá ser substituída pelas medidas previstas no artigo 28.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 310.

⁷² Id., Ibid. p. 305.

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 162.

2.3.9 Despenalização da Conduta

O atual dispositivo legal alterou as penas aplicáveis ao delito de posse de droga para consumo pessoal, passando o usuário a ter tratamento privilegiado em relação ao diploma legal anterior, sendo que o atual deixou de ter caráter punitivo, não cominando pena de reclusão, nem detenção.

Guilherme de Souza Nucci entende que este crime “tem perfil evidentemente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei 6368/76”.⁷⁴

Atualmente, as sanções previstas para este crime têm cunho sócio-educativo, como a prestação de serviços à comunidade, mera advertência ou comparecimento a curso ou programa educativo.

Segundo Salvador José Barbosa Júnior, o artigo 28 prevê:

(...) a submissão à advertência sobre os efeitos das drogas; à prestação de serviços à comunidade; e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo como sanções aplicáveis a quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁷⁵

Com a vigência da nova Lei, surgiram correntes doutrinárias de interpretações divergentes em alguns pontos. De forma mais específica, ressalta-se a divergência no que diz respeito ao tratamento penal dispensado aos usuários de drogas, sendo que parte da doutrina⁷⁶ acredita ter ocorrido completa descriminalização e outra

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 305.

⁷⁵ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. Op. cit. p. 12.

⁷⁶ LEAL, João José. Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>>. Acesso em: 09 jul. 2009; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 149.

parte⁷⁷ entende que ocorreu apenas despenalização ou descarceirização da conduta.

Isto porque, diante da ausência de previsão estabelecendo pena privativa de liberdade, sob a modalidade de detenção ou reclusão, surgiu o seguinte questionamento: teria o legislador descriminalizado a conduta do posse de droga para uso próprio?

Segundo Luiz Flávio Gomes, houve descriminalização formal desta conduta, uma vez que esta passou a ser considerada infração “sui generis”, a qual diz respeito a uma terceira categoria, diferente de crime e contravenção penal.⁷⁸

Samuel Miranda Arruda discorda do posicionamento adotado por Luiz Flávio Gomes, considerando que houve apenas alteração das penas aplicáveis ao tipo penal em questão, não deixando, porém, de ser considerado como crime. Vejamos:

O legislador parece haver sido suficientemente enfático quanto a este aspecto. O próprio título do capítulo que contempla a **descrição típica é esclarecedor: ‘dos crimes e das penas’**. E nele o único crime cominado é justamente o que abrange as condutas que se relacionam com o consumo indevido.⁷⁹ **Grifo é nosso**

A princípio, utilizando-se de uma interpretação literal do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal⁸⁰, observa-se que a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006 não pode caracterizar crime, uma vez que não lhe é cominada pena privativa de liberdade. Todavia, diante das consideráveis evoluções sociais

⁷⁷ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 18; GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit. p. 191; MARCÃO, Renato. O art. 28 da nova Lei de Tóxicos na visão do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1346, 9 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9576>>. Acesso em: 08 jul. 2009.

⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 149.

⁷⁹ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 18.

⁸⁰ Art. 1º, LICP. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

ocorridas, desde a promulgação do nosso Código Penal Brasileiro, não se pode, nos dias de hoje, apenas levar em consideração a literalidade deste artigo.⁸¹

Neste diapasão, Renato Marcão entende que:

(...) é preciso ter em conta que o Código Penal brasileiro é de 1940 e, portanto, elaborado sob o domínio de tempos em que nem mesmo as denominadas "penas alternativas" se encontravam na Parte Geral do Código Penal da forma como foram postas com a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209, de 13-7-1984), e menos ainda com o status que passaram a ser tratadas com o advento da Lei n. 9.714/98. **O Direito Penal daquela época era outro, bem diferente do que agora se busca lapidar, e bem por isso a definição fechada e já desatualizada do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não resolve a questão, segundo entendemos. As molduras estreitas que decorrem do referido dispositivo legal não permitem uma melhor visão da realidade atual e, em decorrência, não se prestam a uma completa, acabada e irretocável classificação do que seja ou não crime ou contravenção, nos limites que a Lei de Introdução cuidou de definir.**⁸² **Grifo é nosso**

Por seu turno, Guilherme de Souza Nucci entende que, para este tipo penal, "(...) desenvolveu-se um sistema de penas mais brandas, acompanhando tendência mundial, que possa significar **punição**, pois há o cerceamento de direitos, mas sem o ingresso no cárcere (...)".⁸³ **Grifo é do autor**

Diante disso, conclui-se que a extinção da pena privativa de liberdade, anteriormente aplicável ao possuidor de droga com fins de uso pessoal, não acarreta a descriminalização desta conduta.

Ademais, o artigo 28 está disposto no Capítulo III do Título III da Lei, o qual apresenta o seguinte título: Dos Crimes e das Penas. Assim, levando-se em conta que a lei especial prevalece sobre a geral, o estabelecido pela Nova Lei Antidrogas é que prevalecerá no presente caso.⁸⁴

⁸¹ MARCÃO, Renato. Op. cit.

⁸² Id., Ibid.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 299.

⁸⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit. p. 18.

A Turma Recursal Única dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Paraná acredita que não houve descriminalização. Vejamos a fundamentação do Acórdão nº. 19865:

A alegação de descriminalização da conduta não pode prevalecer. O uso de drogas para consumo pessoal está previsto no Capítulo III da Lei 11.343/2006 que trata "**dos crimes e das penas**". Nosso Código Penal é de 1940 e por evidente não acompanhou várias inovações operacionalizadas no sistema penal e processual penal brasileiros. Só o fato de o art. 28 da nova lei não fazer previsão de pena nos moldes tradicionais, não afasta a tipicidade da conduta. Sanção - pena é apenas a consequência do descumprimento da norma. A norma penal prevista no art. 28 prevê de maneira adequada à espécie a aplicação das penas e medidas consistentes em advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Operacionalizou-se a despenalização e não a descriminalização.⁸⁵ **Grifo é do autor**

Ainda, o Enunciado nº. 94 dos Juizados Especiais Criminais dispõe expressamente que não houve descriminalização da posse de droga para consumo pessoal.

Este também é o entendimento da Primeira Turma do STF, que considera criminosa a conduta descrita no artigo 28 da Nova Lei de Drogas, consoante se depreende da decisão abaixo colacionada:

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "**rigor técnico**", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "**Dos Crimes e das Penas**", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "**reincidência**", também não se pode emprestar um sentido "**popular**", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral,

⁸⁵ BRASIL. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2007.0000025-7/PR**. Relator: Juiz Roberto Portugal Bacellar. Julgado em 16/03/2007. Livro 419, p. 44-47. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "**despenalização**", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).[...] Recurso extraordinário julgado prejudicado.⁸⁶ **Grifo é do autor**

Ainda, Nereu José Giacomolli acrescenta:

(...) Não houve uma descriminalização, mas uma descarceirização, ou seja, uma vedação da aplicação da pena privativa de liberdade ao consumidor de drogas. Não há crime sem pena, mas a pena não é só a privativa de liberdade. As penas previstas no art. 5º, XLVI, da CF/88 são a privativa ou restritiva de liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. [...] Portanto, as medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006 são penas, mas suas conseqüências são diversas das penas previstas no Código Penal.⁸⁷

Destarte, se observa que houve apenas alteração da espécie de sanção imposta ao usuário de drogas, aplicando-se, alternativa ou cumulativamente, os incisos do artigo 28, os quais se darão de forma autônoma, ainda que tratem de mera restrição de direitos ou multa.

2.3.10 Prescrição

Luiz Flávio Gomes ensina que "Uma vez praticada a infração do art. 28, nasce para o Estado o direito de aplicar as medidas alternativas nele previstas [...]. Mas o Estado só pode exercer essa pretensão dentro de um lapso temporal certo (dois anos)."⁸⁸

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 430105/QO/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 13/02/2007. DJ 27/04/2007. RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

⁸⁷ GIACOMOLLI, José Nereu. Op. cit. p. 191.

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 173.

Tendo sido extinta a pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, o artigo 30 da nova Lei Antidrogas estabeleceu um prazo prescricional próprio, de dois anos, tanto para a imposição quanto para a execução das penas previstas no artigo 28, devendo ser observadas, no tocante às causas interruptivas, as regras do artigo 107 e seguintes do Código Penal.⁸⁹

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 173.

3 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O princípio da insignificância surgiu na Europa em virtude da precária conjuntura socioeconômica instalada após as duas grandes guerras mundiais. Nessa época, juntamente com o desemprego, ocorreu um progressivo aumento de pequenos delitos de ordem patrimonial e econômica, sendo, na maioria das vezes, furtos de valores ínfimos, diante dos quais surgiu a “criminalidade de bagatela”.⁹⁰

Não obstante, atualmente, se pretenda alcançar um sentido mais plural ao significado de “bagatela”, não se pode deixar de reconhecer a historicidade econômica do princípio aqui tratado, considerando que este nasceu investido pelo caráter da patrimonialidade.⁹¹

No ano de 1964, Claus Roxin sugeriu a introdução deste princípio no sistema penal, pelo qual deveriam ser desconsiderados os delitos que acarretassem danos de pouca importância.⁹²

Entretanto, Segundo Odone Sanguiné apud Maurício Antônio Ribeiro Lopes, há vestígios deste princípio desde 1903, na obra de Franz von Liszt, consoante o seguinte trecho anotado:

⁹⁰ SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9099/95. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

⁹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

⁹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 121.

A nossa legislação faz da pena, como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio *mínima non curat praetor*, ou como regra de direito processual (superamento do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração).⁹³ **Grifo é do autor**

Quanto à sua origem, existe grande divergência doutrinária. Alguns autores afirmam que este princípio deriva do brocardo de origem romana “*minima non curat praetor*”, segundo o qual o pretor não se ocupava das causas ou delitos de bagatela.

Este é o entendimento de Gusmán Dalmora apud Ivan Luiz da Silva, que, todavia, assevera que este brocardo não tem origem romana, sendo sua fonte o pensamento liberal dos juristas renascentistas. Para fundamentar esta idéia, apóia-se em dois argumentos: o desconhecimento dos juristas romanos antigos da idéia de insignificância e a ausência da expressão na compilação dos principais glosadores do Direito Romano.⁹⁴

Por outro lado, para Maurício Antônio Ribeiro Lopes, este brocardo é apenas uma referência, já que o Direito Romano desenvolveu-se sob a égide do Direito Privado, carecendo de especificidade para justificar a ausência de providências no campo penal.⁹⁵

Conforme esclarece este autor, o princípio da insignificância surgiu no Iluminismo, juntamente com a evolução do princípio da legalidade, pelo qual se construiu a expressão “*nullum crimen, nulla poena sine iuria*”, ou seja, não há crime nem pena sem a produção de um dano relevante a um bem jurídico penalmente protegido.⁹⁶

O princípio da legalidade sofreu, ao longo do tempo, transformações que o caracterizaram na mais sólida garantia conferida à liberdade do indivíduo dentro de

⁹³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 86.

⁹⁴ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 90.

⁹⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 41-42.

⁹⁶ Id., Ibid. p. 73.

um Estado de regime democrático. Essas mudanças deram-se em virtude da necessidade de se restringir os inúmeros castigos sobre a liberdade, a vida e o corpo humano, os quais eram impostos sem observância de um procedimento formal de defesa.⁹⁷

Assim, independente da corrente adotada, é evidente que a origem do princípio ora examinado não pode ser romana, já que a sua construção se deu em virtude de correntes humanistas que visavam abolir o despotismo e a crueldade na aplicação da lei penal.

3.2 CONCEITO

O princípio da insignificância não está expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, eis que se trata de um princípio implícito. Neste prisma, Maurício Antônio Ribeiro Lopes menciona que nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na medida em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral.⁹⁸

Entretanto, este princípio, conforme acrescenta o mesmo autor, “conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico. É um princípio sistêmico decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal.”⁹⁹

Analisando esta questão, Ivan Luiz da Silva salienta que um dos principais obstáculos ao reconhecimento deste princípio seria a sua demasia conceitual, sob a

⁹⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 44; 74.

⁹⁸ Id., Ibid. p. 49.

⁹⁹ Id., Ibid. p. 42.

argumentação de que a indeterminação dos termos poderia pôr em risco a segurança jurídica.¹⁰⁰

Diomar Ackel Filho apud José Henrique Guaracy Rebêlo ensina que o princípio ora examinado pode ser tratado como “aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovação, de modo a não merecerem valoração da norma penal, pois, como irrelevantes”¹⁰¹.

Por seu turno, Carlos Vico Mañas apud Ivan Luiz da Silva estabelece o seguinte conceito:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.¹⁰²

Para Francisco de Assis Toledo, o princípio da bagatela está relacionado à gradação qualitativa e quantitativa do injusto, a fim de que seja excluído da tipicidade penal o fato que acarrete efeitos insignificantes ao bem jurídico penalmente protegido.¹⁰³

Cezar Roberto Bitencourt esclarece que “A **insignificância** de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente **em relação ao grau de sua intensidade**, isto é, pela extensão da lesão produzida”¹⁰⁴. **Grifo é do autor**

¹⁰⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit. p.93.

¹⁰¹ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 35.

¹⁰² SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit. p. 94.

¹⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 122.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 277.

Portanto, de acordo com os conceitos ora traçados, o princípio da insignificância pode ser conceituado como uma norma que, diante da mínima ofensa causada pela ação criminosa, retira a tipicidade da conduta, afastando a incidência do Direito Penal em bagatelas, das quais este não deve ocupar-se, tendo em vista o seu caráter fragmentário e subsidiário.

Com isso, observa-se que é praticamente unânime o entendimento de que o princípio da insignificância encontra abrigo no tipo penal e, por conseqüência, no direito material.

Todavia, alguns autores, como Carlos Ismar Baraldi apud José Henrique Guaracy Rebêlo, consideram que o mesmo foi incorporado no direito processual diante da redação do artigo 98, inciso I da Constituição Federal.¹⁰⁵ Vejamos a sua transcrição abaixo:

Art. 98. A União, (...) e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Criticando tal posicionamento, Maurício Antônio Ribeiro Lopes assevera que o objetivo do legislador de controlar o princípio em questão através deste artigo, ao invés de prestigiá-lo, o exclui, sendo que, ao criar uma competência jurisdicional específica para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, esse dispositivo não leva em consideração que tais infrações encontram-se numa escala intermediária entre as de grande potencial ofensivo e as de nenhum potencial ofensivo, devendo ser estas consideradas insignificantes.¹⁰⁶

¹⁰⁵ REBÊLO, José Henrique Guaracy. Op. cit. p. 35.

¹⁰⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 53.

Conforme salienta este autor, não se pode confundir o princípio da insignificância com crimes de pouca significação, uma vez que, pelo primeiro, afasta-se a tipicidade do crime por ausência do elemento material e, pelo segundo, busca-se uma alternativa processual mais célere, em virtude da menor importância do crime, o qual, no entanto, não deixa de existir.¹⁰⁷

Assim, mesmo que esteja se tratando de bem jurídico de menor valoração, havendo configuração do delito de bagatela, o qual acarretou ínfima lesão ao bem, caberá, da mesma forma, a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que tal conduta não merece atenção do Direito Penal.

3.3 IMPORTÂNCIA E CONTEÚDO JURÍDICO

Ao ser introduzido no sistema penal, o princípio da insignificância passou a ser um instrumento na interpretação restritiva dos delitos penais, uma vez que sua aplicação exclui a tipicidade da conduta criminosa que acarrete danos de ínfima importância ao bem jurídico-penal.¹⁰⁸

A importância deste princípio decorre de uma concepção utilitarista do Direito Penal, uma vez que se apresenta como evolução de um conceito formal a outro material do crime. Trata-se de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, o qual deverá ser preenchido, não apenas por aspectos formais, mas

¹⁰⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 54.

¹⁰⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit. p. 95.

também por elementos objetivos destinados a percepção da utilidade e da justiça no momento de imposição da pena.¹⁰⁹

Cezar Roberto Bitencourt conceitua tipo penal como sendo:

(...) o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função **limitadora e individualizadora** das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas (...).¹¹⁰ **Grifo é do autor**

Segundo José Cirilo de Vargas apud Rogério Greco, o termo deriva do vocábulo “Tatbestand”, empregada pelo Código Penal alemão de 1871, a qual, por sua vez, provém da expressão latina “corpus delicti”, significando tudo aquilo em que consiste o delito.¹¹¹

Neste prisma, René Ariel Dotti entende que “(...) é a descrição do comportamento proibido e compreende as características objetivas e subjetivas do fato punível”¹¹².

Por sua vez, Rogério Greco acrescenta que “Tipo, como a própria denominação nos está a induzir, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós (...)”¹¹³.

Portanto, diante da garantia do agente de ter prévio conhecimento da proibição e das penas aplicáveis à suas condutas, o Estado somente poderá exercer o seu direito de punir diante de expressa tipificação legal. Daí o conceito de

¹⁰⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 37-38.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 258.

¹¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v.1. p. 163.

¹¹² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 311.

¹¹³ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 163.

tipicidade delineado por Maurício Antônio Ribeiro Lopes, segundo o qual é a redução a categorias jurídicas do princípio da legalidade.¹¹⁴

O maior obstáculo na construção do tipo penal encontra-se na impossibilidade do legislador prever os diversos atos humanos passíveis de causar lesão ao bem jurídico protegido. Assim, a sua descrição passa a ser abstrata, enquadrando-se o máximo de condutas possíveis, as quais, na verdade, deveriam estar excluídas da incidência da lei criminal.

Diante desta situação, o legislador, ao elaborar as normas penais, leva em conta apenas as lesões mais gravosas que a conduta típica pode acarretar, não dispondo de mecanismos impeditivos de sua incidência sobre os casos de menor relevância.

O princípio da insignificância, ao retirar a tipicidade da conduta, cuja lesão ao bem jurídico é ínfima, destina-se a possibilitar uma interpretação restritiva do tipo penal, corrigindo eventuais falhas do legislador e auxiliando na declaração do aspecto material da norma, que se traduz na gravidade da lesão causada aos bens jurídicos.

Nesse sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes ensina que:

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 da proibição estabelecido pelo tipo penal. 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.¹¹⁵

¹¹⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p.71.

¹¹⁵ Id., Ibid. p. 117-118.

A concepção material da tipicidade, consoante lição de Vico Mañas apud Maurício Antônio Ribeiro Lopes, decorre do fato de que a tipicidade formal não “satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal de seu reconhecido caráter subsidiário já que manifesta a sua ineficiência como único meio de controle social”¹¹⁶.

Neste prisma, Manuel Cobo Del Rosal e Tomás Salvador Vives Antón apud Cezar Roberto Bitencourt entendem que “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum”¹¹⁷.

Por seu turno, Maurício Antônio Ribeiro Lopes acrescenta:

Os objetos de que se ocupam as normas penais têm em comum, segunda a doutrina mais moderna, a nota da gravidade. Assim, o delito materialmente supõe (ou de supor, quando nos Estados democráticos o legislador seleciona corretamente as condutas delitivas) uma conduta gravemente nociva para a sociedade, perturbando consideravelmente bens jurídicos importantes, é dizer, condições mínimas de convivência social de modo reprovável e não justificado e pondo em questão a vigência da ordem jurídica.¹¹⁸

Assim sendo, a interpretação restritiva do tipo penal fundamenta-se na sua concepção material, bem como no caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, o qual não deve se vincular a eventuais imoralidades da conduta, mas sim à sua potencial causação de dano grave, ou seja, à sua incompatibilidade com as regras pacíficas de uma vida em sociedade.¹¹⁹

¹¹⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 114.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.86.

¹¹⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 114.

¹¹⁹ REBÊLO, José Henrique Guaracy. Op. cit. p. 30.

3.4 NATUREZA JURÍDICA

Quanto à natureza jurídica da insignificância, tem-se que esta figura na doutrina brasileira como um princípio jurídico, ao contrário da doutrina europeia, que não a classifica diretamente dentro dessa espécie normativa, mas apenas estabelece sua relação com o princípio da oportunidade.¹²⁰

Segundo Luiz Régis Prado, a insignificância é um princípio jurídico decorrente da concepção garantista do Direito Penal moderno, o qual tem como objetivo principal a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, que representam os valores máximos do Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, a proteção da vida e liberdade. Neste prisma, para a justificação da pena criminal, faz-se necessária uma concreta ofensa ao bem jurídico atacado pela conduta típica.¹²¹

Nesse sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes assevera que:

(...) o princípio da insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado Democrático – proteção da vida e da liberdade humanas – a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.¹²²

Segundo este mesmo autor, o termo “princípio” deve ser entendido como um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição

¹²⁰ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit., p. 96.

¹²¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b. v 1. p. 137.

¹²² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 38.

fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”¹²³.

Assim, apesar deste princípio não estar positivado no nosso ordenamento jurídico, deve assim ser reconhecido, haja vista a que a obrigatoriedade decorre do seu conteúdo como fonte norteadora do Direito.

Nesse sentido, vale mencionar o ensinamento de Vico Mañas apud Ivan Luiz da Silva, segundo o qual “a norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade ou reserva legal”¹²⁴.

Além disso, Ivan Luiz da Silva defende que a natureza da insignificância não é considerada apenas como princípio de Direito Penal, mas também de natureza constitucional. Isto porque, encontra-se implícita no sistema penal constitucional, podendo ser revelada pela complementaridade entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade, pelos quais deve-se buscar uma justificação e proporcionalidade para a pena criminal imposta pelo Estado.¹²⁵

De fato, a própria Constituição Federal é clara nesse sentido, sendo que estabelece, em seu artigo 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte”.

Nesse passo, verifica-se que a ausência de positivação da insignificância não constitui objeção para o seu reconhecimento como princípio penal de natureza

¹²³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 33.

¹²⁴ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit. p. 101.

¹²⁵ Id., Ibid. p.105.

constitucional, vez que o mesmo, como já demonstrado, encontra-se implícito entre outros princípios expressos da Carta Magna.

3.5 FUNDAMENTOS

3.5.1 Princípio da Legalidade

Conforme já visto anteriormente, a insignificância decorre do princípio da legalidade, uma vez que o Estado somente poderá exercer o seu direito de punir diante de expressa tipificação legal.

De acordo com o entendimento de Paulo Bonavides apud Rogério Greco:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto (...).¹²⁶

Tal princípio está disposto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, sendo considerado um dos mais importante do Direito Penal.

¹²⁶ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 97-98.

Segundo Rogério Greco, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, enumerando-as da seguinte maneira:

- 1ª) proibir a retroatividade da lei penal (***nullum crimen nulla poena sine lege praevia***);
- 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (***nullum crimen nulla poena sine lege scripta***);
- 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (***nullum crimen nulla poena sine lege stricta***);
- 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (***nullum crimen nulla poena sine lege certa***).¹²⁷ **Grifo é do autor**

Neste aspecto, observa-se que a lei penal deve ser prévia, escrita, estrita e certa, para que se possa garantir a correta e justa cominação da sanção aplicável.

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, por sua vez, acrescenta que evolução do princípio da legalidade levou à construção do “*nullum crimem nulla poena sine iuria*”, denotando que não há crime sem dano relevante a um bem jurídico penalmente protegido.¹²⁸

Este desdobramento do princípio da legalidade, conforme salientam Maurício Macêdo dos Santos e Viviane Amaral Segá:

(...) é o que mais se relaciona ao princípio da insignificância, visto que traz como premissa o espírito deste, isto é, casos que não tenham relevância social não sobrecarreguem o Poder Judiciário, pois não acarretam um resultado significativo, assim, desconsidera-se a tipicidade, já que não houve um dano considerável a um bem jurídico protegido.¹²⁹

Diante desta concepção, o princípio da insignificância deve ser analisado juntamente com o princípio da legalidade, no momento da aplicação da pena, haja vista que o julgador somente poderá se limitar à conduta penalmente relevante praticada pelo agente.

¹²⁷ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 100-101.

¹²⁸ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 73.

¹²⁹ SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Op. cit.

3.5.2 Princípio da Liberdade

Um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é o da liberdade, tendo suas principais menções apresentadas no preâmbulo, no artigo 3º, inciso I, bem como no artigo 5º, “caput” e inciso II da Constituição Federal.

Consoante ensinamento de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, dentre as diversas formas de liberdades, a que interessa ao Direito Penal é a denominada liberdade-matriz, que refere-se à noção de liberdade de ação em geral, sendo estabelecida como regra no inciso II, do artigo 5º, da Carta Magna, o qual enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹³⁰

Contudo, é a liberdade física ou liberdade de locomoção do homem que mais corre risco de ser afetada na seara penal, por ser sempre atingida, direta ou indiretamente, pela aplicação da pena criminal.¹³¹

Deste modo, o princípio da insignificância serve como instrumento protetor do direito fundamental de liberdade, uma vez que confere um determinado padrão de atuação ética ao Direito Penal, valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana em sua expressão libertária.¹³²

¹³⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 59.

¹³¹ Id., Ibid.

¹³² Id., Ibid.

3.5.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, o qual enuncia que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. No plano formal, tal preceito determina que a todas as pessoas seja dado tratamento idêntico pela lei, conforme os critérios estabelecidos na ordem constitucional.

Contudo, tal princípio possui também um sentido material, expressa na idéia de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Deste modo, as condutas típicas cujas lesões aos bens jurídicos são desiguais devem receber um tratamento desigual, por se tratarem de situações fáticas desiguais.¹³³

Como já foi mencionado, o tipo penal é previsto de forma abstrata e, considerando a sua concepção material, faz-se necessário abarcar as condutas cuja lesão ao bem jurídico é insignificante. Nestes casos, havendo aplicação da pena, ainda que em seu patamar mínimo, restará configurada afronta ao Direito.

A esse respeito, discorre Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

O que restará ao Juiz diante desse quadro? Aplicar friamente a lei, abstraindo a finalidade social e ética do Direito, cumprindo a lei, mas desrespeitando a justiça; ou, ao contrário, reconhecendo a impropriedade da sanção penal para a adequação social da dinâmica – e não da estática – dos fatos, concluir pela improcedência dos remédios do Direito Penal, excluindo o caráter criminoso do fato.

Na exata medida que se abre ao Juiz esse vértice de possibilidades, surge ao indivíduo o risco de ser tratado desigualmente pelo Poder Judiciário, qual fosse a aplicação de uma sanção penal objeto de raciocínios ou procedimentos discricionários do julgador.¹³⁴

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 10.

¹³⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 56.

Diante disso, o princípio da insignificância surge como um mecanismo capaz de excluir a responsabilidade criminal, evitando o desrespeito ao princípio da isonomia material que a incidência da pena acarretaria.

3.5.4 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

É sabido que o Direito não é uma ciência exata, mas de natureza social, que trabalha com valores humanos, pautando-se por interpretações flexíveis e não por critérios absolutos.

Desse modo, o princípio da razoabilidade é considerado como princípio geral informativo, sendo que se destina à aplicação da norma jurídica dentro de um ideal de justiça, limitando o mundo jurídico à realidade do mundo social.¹³⁵

O mesmo ocorre com o princípio da insignificância, visto que a interpretação com base em critérios de razoabilidade exclui a tipicidade da conduta, considerando-a insignificante.

Nesse passo, Maurício Antônio Ribeiro Lopes ensina que:

[..] um levíssimo arranhão, ainda que ontologicamente constitua lesão no sentido médico-legal, é irrelevante para o Direito Penal, que se preocupa apenas com a ofensa efetiva e idônea a integridade corporal ou à saúde. Não é razoável e repugna até o bom senso que se louvando numa interpretação inflexível pretenda-se, em casos de tal bagatela, proclamar-se a existência de um fato típico, diante da insignificância da lesão.¹³⁶

¹³⁵ SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5328>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

¹³⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 63.

Com efeito, observa-se que não é razoável a incidência da lei criminal sobre delitos de bagatela, sendo que o princípio da insignificância atua como um mecanismo concretizador do princípio da razoabilidade, no momento em que afasta a tipicidade nos casos de ínfima lesão ao bem jurídico-penal.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, embora não tenha sido expressamente tratado em nosso ordenamento jurídico, pode-se dizer que este tem por escopo proibir intervenções excessivas do Estado em relação ao indivíduo.

Isto porque, não é justificável que a lei criminal incida sobre um direito fundamental sem que haja proporção entre a conduta praticada pelo agente e o grau de afetação ao bem jurídico que esta resultou.¹³⁷

Pautando-se pela proporcionalidade, não se pode conceber, em um Estado Democrático de Direito, a aplicação de pena criminal desproporcional à gravidade do fato. Destarte, este princípio, conforme assevera Ivan Luiz da Silva, “exige o exame da natureza do ataque ao bem jurídico tutelado e da sanção cominada para essa lesão, para inferir-se a proporcionalidade da reação penal à ação realizada”¹³⁸.

Neste aspecto, de acordo com o ensinamento de Eugenio Raúl Zaffaroni apud Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, “o fundamento do princípio da insignificância está na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime”¹³⁹.

Portanto, observa-se que o princípio tratado no presente trabalho serve como fundamento para o princípio da proporcionalidade, uma vez que a bagatela será identificada diante da proporcionalidade entre a pena cominada e o fato praticado.

¹³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com vários ramos do direito. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

¹³⁸ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit. p. 129

¹³⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 69.

3.5.5 Princípios da Intervenção Mínima e da Lesividade

O princípio da intervenção mínima está voltado a limitar o arbítrio do legislador, de modo a garantir que o Direito Penal seja a “ultima ratio”, isto é, “só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma”¹⁴⁰.

O princípio da intervenção mínima, segundo Cezar Roberto Bitencourt:

(...) orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a **criminalização** de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável (...).¹⁴¹
Grifo é do autor

Destarte, o Direito Penal caracteriza-se como subsidiário e sua atuação somente deverá ocorrer quando se esgotarem todos os meios extrapenais de controle social ou estes se mostrarem insuficientes à tutela do bem jurídico.¹⁴²

Segundo a orientação de Rogério Greco, o princípio da lesividade está intimamente ligado ao princípio da intervenção mínima, visto que:

(...) são como que duas faces da mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do direito penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que *não* poderão sofrer os rigores da lei penal.¹⁴³

¹⁴⁰ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 56-57.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 13.

¹⁴² Id., *Ibid.* p. 13-14.

¹⁴³ GRECO, Rogério. *Op. cit.* p. 57.

Luiz Regis Prado acrescenta que “(...) Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa (...)”¹⁴⁴.

Sendo assim, o Estado somente poderá interferir na liberdade individual quando a conduta do agente estiver descrita no tipo penal e tiver ocasionado lesão a bens jurídicos relevantes.

Ademais, da mesma forma como ocorre com o princípio da insignificância, estes princípios não estão explícitos na legislação. Porém, devem ser observados pelo legislador, bem como pelo intérprete, tendo em vista o vínculo incontestado com outros postulados explícitos, bem como com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁵

3.5.6 Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social foi introduzido no direito penal por Hans Welzel, sendo tratado como um princípio geral de hermenêutica. Através dele, não deverão ser consideradas típicas as condutas que, dentro de uma ordem social normal da vida, são consideradas toleráveis.¹⁴⁶

Assim, o que se observa, conforme ensina Luiz Regis Prado, é que “(...) apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se

¹⁴⁴ PRADO, Luiz Régis. Op. cit. p. 58.

¹⁴⁵ SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Op. cit.

¹⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit. p. 119.

for socialmente adequada, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (...).¹⁴⁷”

Cezar Roberto Bitencourt acrescenta:

A *tipicidade* de um comportamento proibido é enriquecida pelo **desvalor da ação** e pelo **desvalor do resultado** lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de **tipicidade material**. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao **socialmente permitido** ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica (...).¹⁴⁸ **Grifo é do autor**

Neste prisma, a diferença entre o princípio da insignificância e o princípio da adequação social se dá no sentido de que, para este, a conduta é socialmente tolerável, ao passo que, para aquele, ela não é tolerável, mas sim desconsiderada, por tratar-se de lesão mínima ao bem jurídico-penal.¹⁴⁹

3.5.7 Caráter Fragmentário e Subsidiário do Direito Penal

O Direito Penal não foi construído com objetos jurídicos de tutela que lhe fossem próprios ou exclusivos. Ao contrário, a sua formulação se deu por meio de um processo de eleição de bens jurídicos estranhos aos seus limites, captando-os e reconhecendo-os pela importância informada por outros ramos do Direito.¹⁵⁰

A natureza fragmentária do Direito Penal decorre justamente desta característica de não possuir objeto próprio. Quanto a este aspecto:

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com vários ramos do direito. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 19.

¹⁴⁹ SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Op. cit.

¹⁵⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 65.

A essa inexistência de objeto próprio e à conseqüência final desse processo de construção do sistema criminal sob uma escala de valores que não lhe é ontologicamente conhecida, mas imposta pelas circunstâncias de história, ética e padrão cultural de cada povo, dá-se o nome – ou erige-se a categoria – fragmentariedade do Direito Penal.¹⁵¹

Ainda, conforme ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

(...) Todo o direito provê a segurança jurídica, mas só o direito penal a realiza com a coerção penal. [...] ***o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.***¹⁵² Grifo é do autor

Nesse passo, conclui-se que nem todos os bens jurídicos são protegidos pelo Direito Penal, de modo que a fragmentariedade determina que apenas as condutas mais graves contra os bens jurídicos mais relevantes devem ser levadas em conta.

Quanto à subsidiariedade, tem-se que esta é decorrente da fragmentariedade e, se traduz no sentido de que a pena criminal só deve ter lugar quando as demais medidas coercitivas cíveis e administrativas não surtirem efeito. Isto porque, a sanção penal é a forma de intervenção estatal mais grave, haja vista o seu caráter de “ultima ratio”, isto é, deve ser empregada apenas em último caso.¹⁵³

Portanto, a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal se efetivam pelo princípio da insignificância, o qual atua como um mecanismo de seleção qualitativo-quantitativo das condutas mais graves contra os bens jurídico-penais, corrigindo as injustiças formais da lei, que pela sua abstração abarca ações de insignificante ofensa a estes bens.¹⁵⁴

¹⁵¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit. p. 65.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 92-93.

¹⁵³ SILVA, Ivan Luiz da. Op. cit. p. 127.

¹⁵⁴ Id., Ibid.

4 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

4.1 ASPECTOS GERAIS

Como já visto, a finalidade do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos mais importantes existentes em nossa sociedade. Destarte, para que esta tutela seja efetivada, o legislador faz uma seleção dos bens tidos como fundamentais, estabelecendo um mínimo de lesividade aos mesmos.

Rogério Greco entende que “uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, estes integrarão uma pequena parcela que irá merecer a atenção do Direito Penal”¹⁵⁵. Ainda, este autor menciona que esta área do Direito trata de “uma limitada parcela de bens que estão sob proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários para o convívio em sociedade”¹⁵⁶.

Deste modo, observa-se que são inadmissíveis os tipos penais incriminadores que descrevam condutas incapazes de ofender o bem jurídico.

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, está relacionado com o axioma “minima non cura praeter”. Isto porque, diz respeito a uma política criminal, a qual revela que o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas ou condutas incapazes de lesar o bem juridicamente protegido.

¹⁵⁵ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 67.

¹⁵⁶ Id., Ibid. p. 66.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos) (...).¹⁵⁷

Assim sendo, os danos insignificantes ao bem jurídico devem ser considerados fatos atípicos, ante a descaracterização da tipicidade penal.

Por seu turno, Luiz Regis Prado acrescenta que “a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma sanção penal, devendo ser excluída a tipicidade material em caso de danos de pouca importância”¹⁵⁸.

Portanto, não basta que a conduta produza um resultado, sendo necessária, além da tipicidade formal, a configuração da tipicidade material, caso contrário, a aplicação do princípio da insignificância é medida que se impõe.

Não obstante a cotidiana aplicação desse instituto aos mais variados tipos penais, verifica-se que, quando relacionado ao delito de posse de droga para consumo pessoal, as divergências se exacerbam diante da nova redação trazida pela Lei nº. 11.343/06.

Ressalte-se que sob a égide da Lei nº. 6.368/76 já havia posicionamentos absolutamente opostos, tanto na doutrina como na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Com a vigência da nova Lei Antidrogas, a dissensão continuou.¹⁵⁹

Esta Lei trouxe diversas inovações relacionadas à figura do usuário de drogas, principalmente no que diz respeito às suas penalidades, as quais passaram

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 485.

¹⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 33.

¹⁵⁹ SILVA, Marco Aurélio Souza da. A aplicação do Princípio da Insignificância à pequena quantidade de drogas apreendida com o usuário. **LFG**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br.>>. Acesso em: 17 jul. 2009.

a ter cunho prevencionista, tendo sido instituídas políticas de atenção e reinserção social do agente.

Primeiramente, cumpre argüir se o legislador, ao estabelecer o tipo penal do artigo 28, procedeu à descriminalização da conduta do usuário de drogas, tendo em vista que deixou de aplicar a pena privativa de liberdade a estes casos.

Conforme já discorrido anteriormente¹⁶⁰, a extinção da pena de prisão não acarretou a descriminalização desta conduta, haja vista ter havido apenas a alteração da espécie de sanção imposta ao agente, tratando-se de mera advertência, prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a curso ou programa educativo.

Assim, mesmo tendo permanecido ilícito o uso indevido de drogas, a política repressiva deixou de existir e a punição do usuário passou a ter cunho sócio-educativo, não acarretando, em hipótese alguma, a sua prisão.

Neste prisma, surge a questão acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância a esta modalidade criminosa.

Como já mencionado, a objetividade jurídica deste crime é a proteção de um bem jurídico difuso, ou seja, a saúde pública. Neste caso, em se tratando crime de perigo abstrato, não há necessidade de efetiva deterioração, sendo que o mero risco produzido pelo uso indevido de drogas já configura lesão ao bem jurídico.

Como valor social subjacente à sua incidência nessa espécie criminosa, encontra-se, consoante observação de que:

¹⁶⁰ Ler capítulo 3, item 3.4.7.8.

(...) para a existência de tipicidade penal não basta somente a subsunção formal da conduta à descrição legal, havendo necessidade de verificação da efetiva ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado, situação não observada na insignificante quantidade de droga encontrada com um usuário. Entende-se que a ínfima quantidade de substância entorpecente não é suficiente para afetar o bem jurídico penalmente tutelado, devendo-se aplicar o princípio da insignificância, dada a irrelevância jurídica do resultado que afeta materialmente a estrutura do delito de porte de drogas e sua ausência de repercussão na seara penal.¹⁶¹

Sendo assim, ao contrário do que a princípio poder-se-ia concluir, o que é levado em conta para se determinar a insignificância neste delito é a absoluta inofensividade ao bem jurídico.

Todavia, existem entendimentos divergentes a respeito do tema e, por este motivo, busca-se a formação de um posicionamento adequado para esta questão.

4.2 POSICIONAMENTO FAVORÁVEL

Pelo primeiro posicionamento doutrinário é perfeitamente possível a aplicação do princípio da bagatela, quando se tratar de quantidade absolutamente ínfima de droga. Senão, vejamos o entendimento de Luiz Flávio Gomes:

A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse ('delitos de posesión'), que retrata uma categoria muito singular no Direito Penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. **Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração** (pouco importando a sua natureza, penal ou 'para-penal'). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante.¹⁶² **Grifo é nosso**

¹⁶¹ SILVA, Marco Aurélio Souza da. Op. cit.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 156.

Seguindo esse raciocínio, de acordo com uma concepção material do crime, não basta que a ação praticada pelo agente subsuma-se formalmente à descrição trazida no artigo 28 da nº. Lei 11.343/2006, pois caso a quantidade de droga apreendida em posse do usuário seja ínfima, a ponto de não representar perigo à sociedade, tal conduta não será considerada materialmente típica.

Destarte, observa-se que, quando for verificado que não houve efetiva lesão ao bem jurídico protegido, poderá o Poder Judiciário deixar de instaurar a ação penal em face do usuário de drogas.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos dois julgados transcritos abaixo:

Entorpecente – Quantidade ínfima – **O crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão do bem juridicamente tutelado**, que, por sua vez, sofre dano, ou perigo. Sem esse evento, o comportamento é penalmente irrelevante. No caso dos entorpecentes, a conduta é criminalizada porque repercute na saúde (usuário), ou interesse público (tráfico). **Em sendo ínfima a quantidade encontrada (maconha) é, por si só, insuficiente para afetar o objeto jurídico** (STJ – 6ª T. – Resp. 164861 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 03.12.1998 – DJU 17.02.1999, p. 171).¹⁶³ **Grifo é nosso**

Penal. Entorpecentes. Princípio da insignificância - sendo **ínfima a pequena quantidade de droga** encontrada em poder do réu, **o fato não tem repercussão na seara penal**, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância - habeas corpus concedido (STJ, HC 17956-SP, rel. Min. Vicente Leal).¹⁶⁴ **Grifo é nosso**

¹⁶³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit. p. 3228.

¹⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 159-160.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância à pequena quantidade de drogas em posse do usuário:

HABEAS CORPUS. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. Não constitui crime militar trazer consigo quantidade ínfima de substância entorpecente (4,7 gramas de maconha), em atenção ao princípio da insignificância. Ordem concedida para absolver o paciente.¹⁶⁵

Diante disso, é possível concluir que a aplicação do princípio aqui tratado é aceitável para a caracterização de atipicidade da conduta, no caso de apreensão de quantidade de droga inapta a lesar a saúde pública.

Para Nereu José Giacomolli:

(...) O entendimento majoritário é de que, por ser crime de perigo, não comportaria a absolvição pela insignificância. Entretanto, este não é o critério essencial ao seu reconhecimento ou não, mas o desvalor da conduta e do resultado. Portanto, penso ser possível o seu reconhecimento.¹⁶⁶

Conforme este entendimento, a justificativa para a incidência do princípio da insignificância deriva do irrelevante dano social resultante da conduta do usuário, considerando a ausência de ofensividade da pequena quantidade de droga apreendida, a qual não justifica a incidência do Direito Penal, em razão do seu caráter fragmentário e subsidiário.

Portanto, a corrente que sustenta a aplicabilidade deste princípio ao delito em questão entende que a condenação apenas se justifica quando estritamente

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 91074/SP**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 19/08/2008. DJ 19/12/2008. EMENT v. 02346-03, p.767. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 jul. 2009.

¹⁶⁶ GIACOMOLLI, José Nereu. Op. cit. p. 195.

necessária à proteção do bem jurídico, notadamente nos casos em que os valores tutelados estejam expostos a danos efetivos ou potenciais.

No que tange à quantidade absolutamente insignificante de droga na posse do usuário, há que se considerar a inexpressiva lesão ao bem jurídico.

4.3 POSICIONAMENTO DESFAVORÁVEL

A segunda concepção sustenta que o tipo penal do artigo 28 pretende tutelar a saúde pública e não, necessariamente, o prejuízo que a droga possa vir a causar diante da configuração deste delito.

Guilherme de Souza Nucci entende que não é possível a aplicação da insignificância, diante da atual disposição legal, eis que:

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.¹⁶⁷

Da mesma forma, quanto ao delito de porte e uso de drogas, tipificado no artigo 290 do Código Penal Militar, Abelardo Julio da Rocha ensina que “para o legislador pouco importa se o agente traz consigo para consumo pessoal grande, pequena ou mínima quantidade de droga, vez que a pena prevista é rigorosamente a mesma”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 305.

¹⁶⁸ ROCHA, Abelardo Julio da. Os crimes de porte e uso de drogas em área sujeita à administração policial militar em face da Lei nº 11.343/06 – Eventual incidência do Art. 290 do CPM e o Princípio da insignificância. **Revista Direito Militar**. Florianópolis. n. 71. mai./jun., 2008. p. 16.

Por seu turno, Abel Fernandes Gomes et. al., apesar de reconhecer que os Tribunais têm admitido a aplicabilidade deste princípio, entende que: “(...) quanto ao crime em questão, a se considerar possível a aplicação da insignificância, praticamente se estaria neutralizando a eficácia incriminadora (...)”¹⁶⁹.

Ainda, o entendimento de Vicente Greco Filho se dá no mesmo sentido, uma vez que sustenta a inaplicabilidade deste princípio ao delito em questão, por se tratar de crime de perigo abstrato¹⁷⁰.

Nelson Hungria apud Cezar Roberto Bitencourt conceitua crime de perigo abstrato:

(...) é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nestes crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente. [...] O perigo **abstrato** é presumido **juris et de jure**. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.¹⁷¹
Grifo é do autor

Para Guilherme de Souza Nucci, “(...) 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.”¹⁷²

¹⁶⁹ GOMES, Abel Fernandes e outros et. al. Op. cit. p. 59.

¹⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção-Repressão**. 11. ed. São Paulo. Saraiva, 1995. p.121.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.36.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 305.

4.4 POSICIONAMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DO PARANÁ

De acordo com o artigo 48, § 1º da Lei nº. 11.434/2006, compete aos Juizados Especiais Criminais processar e julgar o agente que praticar qualquer das condutas previstas no artigo 28 desta mesma lei.

No que pertine à posição deste órgão jurisdicional quanto à aplicação do princípio da insignificância no delito em tela, consultando a jurisprudência, verifica-se que a Turma Recursal Única adota posicionamento desfavorável a este respeito, fundamentando-se, inclusive, em seu Enunciado nº. 14, o qual estabelece que o princípio da insignificância não tem incidência no crime de porte de entorpecente para consumo pessoal, previsto no artigo 16 da antiga Lei nº. 6.368/76.

A título exemplificativo, segue abaixo decisão desta Turma, na qual se entendeu não aplicável o princípio da insignificância por tratar-se de crime de perigo abstrato, tendo em vista que este poderia oferecer perigo à saúde pública, haja vista a desnecessidade de efetiva lesão ao bem jurídico.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CPC, ART. 43. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. QUESTÕES DE SAÚDE, ORDEM E SEGURANÇA PÚBLICA.** PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. DECRETAÇÃO EX OFFICIO. TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA AQUELES FINS. 1. A rejeição da denúncia, fundamentada no artigo 43 do CPP, somente é aplicável nas hipóteses do taxativo elenco daquele dispositivo legal, logo **é incabível a aplicação do Princípio da Insignificância** para a rejeição da denúncia em face do delito de porte de substância entorpecente, previsto no art. 16 da Lei Antitóxicos (6.368/76), pois **se trata de crime de perigo presumido ou abstrato, ainda que a quantidade apreendida seja ínfima, eis que todos os delitos relacionados às drogas envolvem questões de saúde, ordem e segurança pública.** 2. Em sendo viável, ante a natureza do delito e as circunstâncias judiciais do caso, a transação penal e/ou a suspensão condicional do processo, hipóteses de despenalização preconizadas nos arts. 76 e 89, respectivamente, da Lei dos Juizados Especiais, mister a oportunização dessas alternativas ao acusado, antes do eventual

recebimento da denúncia. 3. A prescrição da pretensão punitiva do Estado é matéria de ordem pública e, como tal, deve ser decretada de ofício, inclusive em sede de recurso. RECURSO CONHECIDO. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO EX OFFICIO EM RELAÇÃO AO SEGUNDO RECORRIDO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA EM RELAÇÃO À PRIMEIRA RECORRIDA. DECISÃO: POSTO ISSO, acordam os Juízes integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, no mérito, decretar a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao acusado RODRIGO RAZOTO BATALHA e, em relação à acusada SOLANGE APARECIDA RAEL, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.¹⁷³ **Grifo é nosso**

Vejamos outras decisões proferidas nessa linha:

Turma Recursal JECRIM-DF: “Pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como **‘leve’** (maconha), não implica necessariamente que o juízo deva acatar o chamado **‘princípio da insignificância’** em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independentemente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade” (Ap. 20050110008830, 1ª T., rel. José Guilherme de Souza, 27.09.2005, v.u., DJU 12.05.2006, p.143).¹⁷⁴ **Grifo é do autor**

RECURSO CRIMINAL. PORTE DE MACONHA (3 GRAMAS). AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. Não há como se afastar a condenação, quando pelo conjunto probatório ficou demonstrado sobejamente a autoria e materialidade do delito, de que o réu portava consigo substância entorpecente, sem autorização legal (artigo 16, da Lei 6368/76). De igual forma, **não tem o lugar o princípio da insignificância, porquanto, por se tratar de delito de perigo, se consuma com a conduta descrita na norma**, sendo desnecessário qualquer recurso específico. Recurso desprovido. DECISÃO: Em face do exposto, ACORDAM os Juízes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.¹⁷⁵ **Grifo é nosso**

¹⁷³ BRASIL. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso em Sentido Estrito nº. 2003.0000141-0/PR**. Relator: Juiz Edgard Fernando Barbosa. Julgado em 23/06/2003. Livro 1, p. 146-155. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 305.

¹⁷⁵ BRASIL. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2004.0001842-6/PR**. Relator: Juiz Jucimar Novochadlo. Julgado em 31/08/2004. Livro 53, p. 50-52. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

(...) NOVA LEI SOBRE DROGAS NÃO DESCRIMINALIZOU O USO. O CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL (CRIME OU CONTRAVENÇÃO) NÃO SE EXTRAI SÓ DA SANÇÃO PREVISTA. SANÇÃO É CONSEQUÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DA NORMA. **DESPENALIZAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** DECISÃO MANTIDA - LEI NOVA QUE BENEFICIA O CONDENADO - NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA APLICADA POR UMA DAS PENAS OU MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 28 DA NOVA LEI SOBRE DROGAS (LEI 11.343/2006). RETROATIVIDADE DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Capítulo III da Lei 11.343/2006 trata dos crimes e das penas. Manteve-se o crime, eliminaram-se as penas tradicionais.[...] 3. **A não previsão de pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), longe de mostrar despreocupação com a conduta ou dizê-la insignificante, atende à Política Nacional sobre Drogas com estímulo à abordagem técnica com solução da questão de fundo. 4. O consumo pessoal e a dependência causam mal à sociedade na medida em que para conseguir a droga o usuário tem praticado condutas anti-sociais. Princípio da insignificância não adequada à hipótese.** DECISÃO: ACORDAM os Senhores Juízes integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso [...].¹⁷⁶ **Grifo é nosso**

1. Pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, porém, suficiente para o consumo. **Princípio da insignificância afastado por não ser o caso de crime de bagatela. 2. Considerável reprovabilidade da conduta. Reconhecida importância do bem jurídico tutelado que foi violado pela ação delituosa. 3. Caracterização da materialidade e autoria.** Manutenção da condenação. Recurso conhecido não provido. Portanto, a ação do acusado não se confunde com um "crime de bagatela". Afastado o princípio da insignificância para o caso em concreto, anoto apenas que não foi manifestado inconformismo acerca da dosagem da pena e do regime de cumprimento aplicado. [...]. DECISÃO: ACORDAM os Juízes da Turma Recursal Única dos Juizados Especial Cível e Criminal do Estado do Paraná, por unanimidade, em acompanhar o voto do Relator.¹⁷⁷ **Grifo é nosso**

Nesse passo, verifica-se que a jurisprudência dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Paraná tende a desconsiderar a incidência deste princípio no artigo 28 da nova Lei, sob o fundamento de que se trata de crime de perigo abstrato, sendo desnecessária a efetiva lesão ao bem jurídico (saúde pública) para que o delito em questão esteja configurado.

¹⁷⁶ BRASIL. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2007.0000025-7/PR.** Relator: Juiz Roberto Portugal Bacellar. Julgado em 16/03/2007. Livro 419, p. 44-47. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

¹⁷⁷ BRASIL. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2007.0002875-3/PR.** Relator: Juiz Davi Pinto de Almeida. Julgado em 22/11/2004. Livro 67, p. 201-204. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise do acima exposto, verifica-se a contraposição de duas correntes.

Para a primeira, não há lesão ao bem jurídico protegido pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade de droga apreendida for mínima, a ponto de não caracterizar lesão ao bem jurídico protegido.

Por seu turno, a outra corrente preconiza que a aplicação do princípio da insignificância a este tipo penal é incabível, vez que trata-se de crime de perigo abstrato.

É possível observar que o entendimento majoritário considera incabível a incidência do princípio da bagatela. Entretanto, o posicionamento mais sensato é aquele que entende pela sua aplicabilidade ao referido delito.

Isto porque, denota-se um “totalitarismo de tutela” dar início a uma persecução penal ou mais ainda, condenar alguém, por estar em posse de quantidade insignificante de droga, a qual sequer poderia produzir os efeitos desejados pelo próprio usuário.

Assim, o importante é avaliar cuidadosamente a quantidade de droga em questão, para que não haja um desvirtuamento do instituto, haja vista que a pequena quantidade de droga, por si só, configura o delito de posse para consumo pessoal.¹⁷⁸

Há que se analisar o caso concreto para que se constate se tal quantidade é ínfima a ponto de não ofender o bem jurídico protegido estando, assim, apta a caracterizar a insignificância.

¹⁷⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 156.

Cabe salientar que não é que a conduta do usuário seja considerada irrelevante, mas sim que, em se tratando de ínfima quantidade, não representa risco para o próprio usuário, quanto menos para a saúde pública.¹⁷⁹

É força reconhecer que fere até mesmo o bom senso processar criminalmente o agente, quando a lesão resultante de sua conduta perfaz um risco tão insignificante a ponto de não gerar prejuízo à saúde do próprio agente.

Cezar Roberto Bitencourt assevera que:

(...) Frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. A **insignificância** de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação a importância do bem jurídico atingido, mas especialmente **em relação ao grau de sua intensidade**, isto é, pela extensão da lesão produzida.¹⁸⁰ **Grifo é do autor**

Embora tenham sido apresentados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de posse de droga para consumo pessoal, ainda são muitas as decisões no sentido da inaplicabilidade deste princípio ao delito em questão, pelo que se denota que a divergência a respeito do tema ainda está longe de uma solução.

¹⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 157.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 103.

5 CONCLUSÃO

O delito de posse de droga para consumo pessoal encontra-se previsto no “caput” do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006, sendo traduzido através das condutas de adquirir, guardar, tem em depósito, transportar ou trazer consigo qualquer tipo de droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, com a finalidade de consumi-la.

O bem jurídico tutelado é a saúde pública, sendo esta considerada um bem jurídico difuso, vez que pode ser afetada em diversos aspectos. Ainda, é considerado crime de perigo abstrato, uma vez que o mero risco produzido pelo uso indevido de drogas já configura ofensa ao bem jurídico, não havendo necessidade de efetiva lesão.

No entanto, essa qualificação, não afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, tema do presente trabalho, que merece destaque.

O presente estudo monográfico buscou focar este delito sob a ótica de um Direito Penal moderno, pautado nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

Neste prisma, observa-se que o princípio da insignificância encontra guarida na atual concepção do Direito Penal, uma vez que este, segundo o seu caráter de intervenção mínima, somente irá considerar típica aquela conduta que acarretar lesão relevante ao bem jurídico-penal, devendo ser desconsiderados os delitos de bagatela.

Este princípio, como demonstrado, surgiu na Europa, em razão do aumento crescente de delitos patrimoniais frente às dificuldades sócio-econômicas que se instalaram após a Primeira e Segunda Guerras Mundiais.

Atualmente, seu significado é concebido de acordo com o formulado por Claus Roxin, que utilizou como referência o brocardo de origem romana “*minima non curat praetor*”, segundo o qual o pretor não se ocupava das causas ou delitos de bagatela.

Considerando os fundamentos da insignificância, verifica-se a sua relação com os princípios da legalidade, vez que o julgador somente poderá se limitar às condutas penalmente relevantes; da liberdade, à medida que visa valorizar a dignidade da pessoa humana em sua expressão libertária; o da igualdade, no seu sentido material; da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo por objetivo proibir intervenções excessivas e desnecessárias; com o da intervenção mínima e da lesividade, considerando que limita o arbítrio do legislador, de modo a garantir que o Direito Penal seja a “*ultima ratio*”; bem como o da adequação social, visto que a conduta que acarretar lesão mínima ao bem jurídico-penal deverá ser desconsiderada.

Ademais, possui como alicerce o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, o qual atua como um mecanismo de seleção das condutas mais graves contra os bens jurídicos de maior importância, deixando de considerar as condutas penalmente irrelevantes.

Com relação ao crime de posse de droga para consumo pessoal, considerando que a sua objetividade jurídica é a proteção de um bem jurídico difuso, ou seja, a saúde pública, e que trata-se de crime de perigo abstrato, demonstrou-se, no desenvolvimento deste trabalho, a grande divergência em relação à

determinação de sua tipicidade ou atipicidade, frente à aplicação do princípio da insignificância.

Além disso, diante das alterações trazidas pela nova Lei Antidrogas, verificou-se que muitos acreditam na impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância a esta modalidade criminosa, em razão da possível descriminalização da conduta, considerando a falta de justificativa para tal aplicação, já que a pena privativa de liberdade não é mais aplicável. Entretanto, esta questão se deu por superada, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Paraná, no sentido de que não houve descriminalização.

Diante do exposto, sustenta-se que mais coerente e sensata é a corrente que entende ser aplicável o princípio da insignificância ao crime de posse de droga para consumo pessoal, tendo em vista que o Direito Penal não deve incidir sobre condutas irrelevantes.

Entretanto, é possível concluir que, mesmo havendo posicionamentos favoráveis à sua incidência no delito em questão, ainda não é pacífico este entendimento. Tal situação acarreta violação do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, visto que o agente responde pelo crime, sem nem mesmo ter oferecido perigo, quanto menos ter ofendido o bem jurídico tutelado.

Por isso a relevância da exploração do tema, haja vista a necessidade de pacificação e uniformização desses entendimentos, a fim de se fazer cessar a afronta aos princípios basilares do Direito Penal, bem como de alcançar a segurança jurídica assegurada por nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas**: aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007.

BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. A Nova Lei de Drogas e a Proibição da Pena Restritiva de Direitos ao Condenado por Tráfico de Entorpecentes. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo. v. 7. n. 40. out./nov., 2006.

BECARRIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 11. ed. atual. São Paulo:Saraiva, 2007. v.1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade Mecum Compacto. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Decreto-Lei nº. 891 de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Leis do Brasil. Brasília, DF, 25 nov. 1938. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm> Acesso em: 15 julho. 2009.

_____. Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 e atualizações complementares. **Código penal brasileiro**. Vade Mecum Compacto. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Decreto-Lei nº. 3.914 de 09 de dezembro de 1941. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Vade Mecum Compacto. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lei nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em: 15 julho. 2009.

_____. **Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 18 julho. 2009.

_____. **Lei nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm> Acesso em: 15 julho. 2009.

_____. **Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 15 julho. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 91074/SP.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 19/08/2008. DJ 19/12/2008. EMENT v. 02346-03, p.767. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 jul. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 430105/QO/RJ.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 13/02/2007. DJ 27/04/2007. RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

_____. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2007.0000025-7/PR.** Relator: Juiz Roberto Portugal Bacellar. Julgado em 16/03/2007. Livro 419, p. 44-47. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

_____. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2007.0000025-7/PR.** Relator: Juiz Roberto Portugal Bacellar. Julgado em 16/03/2007. Livro 419, p. 44-47. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

_____. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso em Sentido Estrito nº. 2003.0000141-0/PR**. Relator: Juiz Edgard Fernando Barbosa. Julgado em 23/06/2003. Livro 1, p. 146-155. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

_____. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2007.0002875-3/PR**. Relator: Juiz Davi Pinto de Almeida. Julgado em 22/11/2004. Livro 67, p. 201-204. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

_____. Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. **Recurso de Apelação nº. 2004.0001842-6/PR**. Relator: Juiz Jucimar Novochadlo. Julgado em 31/08/2004. Livro 53, p. 50-52. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/internet/csp/turmarec/ConsultaVerbete>>. Acesso em: 18 jul. 2009.

CAROLLO, João Carlos. Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9213>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

COSTA, Aldo de Campos. O porte de entorpecentes deixou de ser uma infração de menor potencial ofensivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1857, 1 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11549>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação jurisdicional**. 7. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 16. n. 71. mar./abr., 2008.

GOMES, Abel Fernandes et. al. **Nova Lei Antidrogas**: Teoria, crítica e comentários à Lei nº 11.343/2006. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: Prevenção-Repressão. 11. ed. São Paulo. Saraiva, 1995.

LEAL, João José. Política criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte para consumo pessoal de drogas?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9091>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

LESSA, Maria Bernadete Medeiros. Os paradoxos da existência na história do uso das drogas. 1998. **Instituto de Psicologia Fenomenológico – IFEN**. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.ifen.com.br/artigos.htm>>. Acesso em 09/07/2009.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: análise à luz das leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCÃO, Renato. O art. 28 da nova Lei de Tóxicos na visão do Supremo Tribunal Federal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1346, 9 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9576>>. Acesso em: 08 jul. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com vários ramos do direito. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b. v. 1.

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

ROCHA, Abelardo Julio da. Os crimes de porte e uso de drogas em área sujeita à administração policial militar em face da Lei nº 11.343/06 – Eventual incidência do Art. 290 do CPM e o Princípio da insignificância. **Revista Direito Militar.** Florianópolis. n. 71. mai./jun., 2008.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5328>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9099/95. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal.** Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. A aplicação do Princípio da Insignificância à pequena quantidade de drogas apreendida com o usuário. **LFG.** Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.