

**(A) TIPICIDADE DO DELITO DA POSSE DE DROGAS****(A) TYPICITY OF THE OFFENSE OF DRUG POSSESSION**

Adriane Takamori Gontijo

UniFatecie (Paranavaí, Paraná, Brasil)

<https://orcid.org/0009-0003-8274-0511>

dritakamori@gmail.com

Luis Gustavo Liberato Tizzo

UniFatecie (Paranavaí, Paraná, Brasil)

<https://orcid.org/0000-0001-5917-3772>

tizzo.adv@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho possui o fito de demonstrar a arbitrariedade do Estado ao punir o mero usuário de drogas de bons antecedentes e a necessidade da análise minuciosa do caso concreto em que há a suposta ocorrência do delito tipificado no artigo 28 da Lei nº. 11.343/06 (Lei de Drogas), vez que ocorre a criminalização do indivíduo que não lesiona efetivamente um bem jurídico alheio. Em busca de demonstrar que o usuário é indivíduo, pessoa com direitos e deveres, dotada de dignidade, será possível observar, ao longo do trabalho, a desproporcionalidade que paira na imputação do crime de posse de drogas em face do usuário com o perfil de bom cidadão, sendo apresentados os fundamentos conforme as correntes jurídicas no que se refere a crime, os princípios penais e constitucionais os quais não são observados, mas desrespeitados, observadas as decisões jurisprudenciais as quais tratam do referido delito. Busca-se, dessa forma, incorporar um viés mais humanizado do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito, no que se refere ao processamento daquele que foi flagrado portando alguma droga, devendo o Estado punir quando for cabível, conforme as circunstâncias em que a conduta ocorreu, os antecedentes e o perfil social do usuário.

**Palavras-chave:** direito penal; posse de drogas; atipicidade; princípios constitucionais; princípios penais.

**ABSTRACT:** This undergraduate thesis aims to demonstrate the arbitrariness of the State in punishing the recreational drug user with a good record and the need for a detailed analysis of the specific case in which the crime typified in article 28 of Law no. 11.343 / 06 (Drug Law), since the criminalization of the individual who does not injure a third party's legal asset occurs. In order to demonstrate that the user is an individual, a person with rights and duties, endowed with dignity, it will be possible to observe throughout the work, the disproportionality that hovers in the imputation of the drug group crime in the face of the user with the profile of a good citizen being the foundations according to the legal currents with regard to crime, the criminal and constitutional principles as which are not observed, but disrespected, observed as jurisprudential decisions as which deal with the referred crime. The aim is, therefore, to incorporate a more humanized bias of the *jus puniendi* of the Democratic State of Law, with regard to the prosecution of those found to be carrying drugs, and the State must punish when appropriate, according to the circumstances in which the conduct occurred, the background and the social profile of the user.

**Keywords:** criminal law; possession of drugs; atypicality; constitutional principles; criminal principles.

## 1. INTRODUÇÃO

É um dos pressupostos do crime a tipicidade, seja no sentido formal, devendo haver previsão legal da conduta como crime para ser passível de punição, em respeito ao princípio da legalidade, seja no sentido material, em consonância com o mundo fático, se exigindo um resultado lesivo aos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático Brasileiro. Ocorre que, na ausência do resultado lesivo, o fato se torna atípico, não sendo legítimo a sua punibilidade.

Existem casos de posse de droga, em que é possível constatar que as circunstâncias do fato não demonstram a lesividade da conduta, não atingindo de fato a saúde da coletividade protegida pela previsão do artigo 28 da Lei nº. 11.343/06, embora seja considerada como perigo presumido, em que apenas o porte da droga gera ameaça à saúde coletiva, justificando a sua punição.

Todavia, tal punição contradiz os princípios penais da lesividade e proporcionalidade, e muitas vezes atravessa os princípios constitucionais da intimidade, privacidade e autodeterminação do cidadão-usuário.

Dessa forma, diante desta punição tida como arbitrária, a qual contradiz a função punitiva do Estado, procura-se pontuar as circunstâncias que devem ser levadas em consideração no momento da imputação do delito de posse de droga em face de determinado indivíduo, devendo ser constatada a justa causa para o prosseguimento do feito.

A princípio, é introduzida de forma breve a Lei nº. 11.343/06, conceituando-se, em seguida, qual substância se qualifica como droga, conforme a Lei de Drogas. Após, é revisado o delito da posse de drogas, tipificado no artigo 28 da mencionada lei e seu rito processual.

Ainda, trata-se da natureza criminosa da posse de drogas, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e da marginalização dos usuários em razão da criminalização de sua conduta.

Após, foram pontuadas as circunstâncias que demonstram a atipicidade material do delito de posse de drogas, levando em consideração os pressupostos do crime, da função do direito penal na proteção dos bens jurídicos, da inobservância do princípio da

lesividade, da autolesão e a violação da intimidade, privacidade e autodeterminação do indivíduo-usuário.

Por fim, procura-se demonstrar a desproporcionalidade na punição do usuário e a aplicabilidade do princípio da insignificância como alternativa para evitar a punição em casos que, se presumida a existência de lesão, em razão de ser ínfima, quase que inexistente, não justifica a ação criminal.

## 2. CONCEITO DE DROGA À LUZ DA LEI 11.343/2006

A Lei de Drogas, de nº. 11.343, sancionada em agosto de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), trazendo inovações no que diz respeito ao usuário e dependente, desassociando-o da condição de traficante. Prescreve medidas referentes a prevenção do uso indevido das drogas, da atenção e reinserção de usuários e dependentes químicos, destinada a repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas, agindo sempre em observação a Portaria nº. 344/98 da Anvisa (Pagliuca; Cury, 2016, p.1-2).

Alternativamente ao antigo estatuto repressivo, do artigo 16 da Lei nº. 6.368 de 1976<sup>1</sup>, ao usuário de droga não é mais cabível a pena privativa de liberdade. Fator que, apesar da premissa do artigo 1º do Código Penal de que crime é infração punida com reclusão e detenção, não retira o caráter penal das sanções cabíveis para usuário ou dependente (Marcão, 2021, p. 18), as quais passaram a ser: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (Brasil, 2006).

A Lei de Drogas ainda traz o conceito de drogas ou do que se classifica como drogas logo em seu artigo 1º, parágrafo único:

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 (Brasil, 2006)

---

<sup>1</sup> Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (Brasil, 1976)

Ou seja, os delitos previstos na presente lei devem ser aplicados em conjunto com regulamento apartado por serem normas penais brancas, sendo a sua complementação a já mencionada Portaria SVS/MS nº. 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, até que seja atualizada a terminologia adotada na lista, conforme artigo 66<sup>2</sup> da Lei de Drogas (Masson, 2019, p. 24).

Conforme entendimento de Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Habeas Corpus (HC) nº. 139667 RJ 2009/0118642-1, havendo a correspondência da substância apreendida com a listagem da Portaria nº. 344/98, é dispensada a necessidade da realização de exame pericial para constatar a capacidade de causar a dependência física ou psíquica. Em contrapartida, nos termos de Rogério Schietti Cruz, no Recurso Especial (REsp) do STJ, nº. 1.444.537-RS/2016, caso haja outra substância que não as listadas como proibidas pela Anvisa, embora possa vir a causar a dependência, não poderá ser aplicada a Lei nº. 11.343/06, pois não estará classificada como droga.

Em termos técnicos penais, embora um sujeito porte ou realize mercancia de substância apta a causar dependência física e psíquica, se esta não estiver elencada em lei ou na supramencionada portaria, sua conduta será atípica, vez que, tratam as previsões das condutas da Lei nº. 11.343/06 de normas penais em brancas, devendo ser complementada por preceito secundário. Caso não haja tal complemento, não haverá delito (Bianchini, 2007, p. 26).

Todavia, apesar das inovações, com a previsão de penas educativas e inclusivas, o caráter criminal da posse de drogas abre alas para a marginalização dos usuários, indo em sentido contrário ao objetivo principal da lei de prevenção e redução de danos.

## **2.1 Delito de drogas para o consumo pessoal (art. 28, I, 11.343/06)**

Prevista no artigo 28 da Lei de Drogas (nº. 11.343/06), o tipo penal possui a seguinte redação:

---

<sup>2</sup> 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 (Brasil, 2006)

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 (Brasil, 2006)

Conforme o *caput*, pratica o delito de posse de drogas aquele que adquirir, obtendo a propriedade da substância a título oneroso ou gratuito; trazer consigo, portando e conduzindo pessoalmente a droga; guardar ou ter em depósito, mantendo a substância em determinado local; ou, transportar, locomovendo a substância (Gonçalves; Baltazar Junior, 2021, p. 185), bem como aquele que planta, semeia e cultiva pequena quantidade da droga, nos termos do parágrafo 1º do referido artigo.

A droga é o objeto material da conduta e tem como elemento subjetivo específico a finalidade do seu consumo pessoal. Constatado os mesmos verbos do *caput* do artigo 28, e, contudo, feita a análise do parágrafo 2º<sup>3</sup>, das circunstâncias sociais e pessoais do agente, não sendo averiguado o fim de consumir a droga ou o cultivo de pequena quantidade, será caracterizada o delito de tráfico previsto no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, em que o elemento subjetivo é a entrega ou o fornecimento da droga ao uso de outrem com o objetivo de lucro (Masson, 2019, p. 33-35). Em caso de dúvida, pelo princípio da presunção da inocência, *in dubio pro reo*, há ser imputado o crime menos gravoso.

O bem jurídico tutelado é a saúde pública, pois, segundo Ministro Rogério Schietti Cruz em seu voto ao RHC nº. 35.920/DF do STJ, a conduta daquele que porta entorpecentes é potencialmente ofensiva, atingindo toda a coletividade.

Como já pontuando em tópico anterior, trata-se de norma penal em branco. O agente deve estar sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Caso haja autorização, nos termos do artigo 2º<sup>4</sup> e 31 da Lei 11.343/06<sup>5</sup>, ou

---

<sup>3</sup> Art.28, § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (Brasil, 2006)

<sup>4</sup> Art. 2º. Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso (Brasil, 2006)

<sup>5</sup> Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais (Brasil, 2006)

a substância com capacidade de causar dependência não estiver inserida na portaria nº 344/98 da Anvisa, o fato será atípico (Masson, 2019, p. 34).

Classificado como crime de mera conduta ou perigo presumido, a previsão do artigo 28 dispõe um crime formal e de perigo abstrato (Marcão, 2021, p. 20). Em outras palavras, a periculosidade na posse de drogas é presumida, não sendo necessário resultado de dano, ou seja, a mera correspondência da conduta com o tipo penal enseja punição, em razão da lesão a saúde da coletividade (Pacelli; Callegari; 2018, p. 257).

Entende-se que a detenção da substância possui perigo social, todavia, o uso preterido da droga, do qual o uso é constatado mediante exame ou a confissão é impunível, pois o perigo encerra-se com o seu consumo (Gonçalves, 2021, p. 185).

As penas possuem caráter socioeducativo. Sua aplicação de forma singular ou cumulativa e a possibilidade de substituição a qualquer tempo a requerimento do Ministério Público ou da defesa já é fixada no artigo 27 da Lei de Drogas. E, apesar de existir uma lista, não significa que a aplicação das medidas é em sequência. Havendo a condenação, a aplicação da sanção correspondente a conduta deverá se basear na análise às circunstâncias do artigo 42 do mesmo códex (Silva, 2016, p. 57): O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (Brasil, 2006).

A advertência sobre os efeitos das drogas, do inciso I, é realizada pelo juiz em face do agente, com o fito de dissuadi-lo acerca dos efeitos decorrentes do uso de drogas. Contudo, segundo César Dario Mariano da Silva (2016, p. 55), a medida é inócua, vez que na prática o agente apenas assina um termo no cartório, constando os efeitos prejudiciais decorrentes do uso de droga.

Acerca da prestação de serviço, previsto no inciso II, o parágrafo 5º estabelece que deverá ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimento congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (Brasil, 2006).

Por fim, poderá ser determinado a medida de comparecimento à programa ou curso educativo, em que o próprio nome se autoexplica. Neste caso, entende Cleber

Masson (2019, p. 27) que o programa não necessita ser destinado a prevenção do uso de drogas, podendo inserir o sujeito a programas de especialização profissional.

## 2.2 O rito processual

A natureza da ação penal para o apuramento do delito de posse de drogas é pública incondicionada (Marcão, 2021, p. 24). Sendo a ação penal pública, nos termos dos artigos 129, inciso I, da Constituição Federal/88 e 24 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>, competirá ao Ministério Público promover a ação. Sendo incondicionada, havendo indícios suficientes, o Ministério Público deverá promover de ofício, sem nenhuma provocação de terceiro ou ofendido (Fischer; Pacelli, 2016, p. 79).

Em razão da inaplicabilidade da pena privativa de liberdade, não havendo a conduta concurso com os delitos dos artigos 33, do tráfico, e 37<sup>7</sup>, da colaboração ao tráfico, da Lei nº. 11.343/06, o delito da posse de droga classifica-se como infração de menor potencial ofensivo.

Dessa forma, a competência do processamento pertence ao Juizado Especial Criminal, nas formas dos artigos 60 e seguintes da Lei nº. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), determinado assim pelo artigo 48 da Lei de Drogas:

Art. 48. [...] § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais (2006)

Competente o Juizado Especial Criminal, não caberá a prisão em flagrante para o sujeito que pratica a posse de droga, mas este, segundo a Lei nº. 9.099/95 em seu artigo

<sup>6</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (Brasil, 1988); Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (Brasil, 1941).

<sup>7</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...] (Brasil, 2006); Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei [...] (Brasil, 2006)

69, *caput*<sup>8</sup>, há de ser encaminhado de imediato ao juizado competente para a apuração de sua conduta.

Todavia tal premissa raramente se precede na prática, aplicando-se a previsão do parágrafo único do referido artigo 69<sup>9</sup>. Não havendo como encaminhar o agente de imediato, o autor assumirá o compromisso de comparecer no Juízo competente, assinando termo de comparecimento com data e horário agendado. Momento este que será lavrado o termo circunstanciado em face do sujeito e a autoridade policial providenciará os exames e perícias necessárias.

De acordo com Victor Eduardo Rios Gonçalves (2021, p. 195-196), comparecido ao Juízo, será realizada a audiência preliminar. Na audiência preliminar, o agente, se cumprir com os requisitos elencados no parágrafo 2º do artigo 76<sup>10</sup> da Lei nº. 9.099/95, poderá aceitar ou não a proposta do benefício da transação penal, que no caso da posse de droga, será a aplicação imediata das penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas. Aceita a proposta e homologada pelo juiz, o infrator deverá cumprir integralmente com a medida acordada para que ao final ocorra a extinção de sua punibilidade, mantendo o autor a sua primariedade.

Entretanto, a homologação da transação penal estará registrada na certidão de antecedentes para fim de verificação do requisito do parágrafo 2º, inciso III do artigo da transação penal: não se admitirá a proposta se ficar comprovado “(...) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo” (Brasil, 1995).

Ou seja, realizada a transação penal, o sujeito não poderá se beneficiar novamente, se por ventura nos próximos cinco anos após o cumprimento integral da transação anteriormente homologada, venha lhe ser imputada outra conduta.

---

<sup>8</sup> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários (Brasil, 1995)

<sup>9</sup> Art. 69. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. [...] (Brasil, 1995)

<sup>10</sup> Art. 76, § 2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (Brasil, 1995)



Ainda nos termos de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2021, p. 195-196), não havendo a realização da transação penal, seja por não cumprir com os requisitos, seja pela recusa do autor a proposta ou pela sua ausência na audiência preliminar designada no termo de comparecimento, será oferecida a denúncia, passando da fase preliminar do termo circunstanciado para o rito sumaríssimo, momento que ocorrerá o processamento e julgamento do indivíduo.

### 3. DA NATUREZA CRIMINOSA DA POSSE DE DROGAS

Nota-se que não cabe aplicação de pena privativa de liberdade para os usuários e dependentes, impondo-se as chamadas medidas educativas, na interpretação do artigo 29<sup>15</sup> da Lei 11.343/2021, como sanção correspondente.

Segundo Cleber Masson, o legislador possuía a consciência de que a prisão do usuário ou dependente não cumpriria com a função ressocializadora do Direito Penal, pois obstaría o tratamento da dependência causada pelo uso da droga, além do risco de o sujeito ser cooptado pelas facções criminosas do tráfico (2019, p. 31).

Todavia, embora tenha a legislação optado pela aplicação da justiça terapêutica em face do sujeito que porta de alguma forma a droga, não retirou o caráter criminoso da conduta, sendo nítida a criminalização do uso da droga quando insere a previsão do artigo 28 da Lei nº. 11.343/06 no Capítulo III – Dos Crimes e das Penas, e assim como a utilização do termo “pena” na redação ao longo do artigo 28 e seus parágrafos: parte final do *caput* do artigo 28; parágrafo 3º; parágrafo 4º; além da previsão do artigo 30 da mesma legislação, acerca do prazo prescricional da imposição e execução das penas do delito de posse de drogas.

Está consolidado pela doutrina majoritária e nas jurisprudências a criminalização do uso, mesmo não se tratando de crime nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (LICP):

Art 1º 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 (Brasil, 1941)

No entendimento de Renato Marcão, na época em que o texto do artigo 1º da LICP foi redigido não existiam penas alternativas, se encontrando a definição do referido artigo desatualizada, não resolvendo questões no que se refere se uma conduta é crime ou não (2021, p. 18). Ainda, conforme as jurisprudências:

3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n.11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência (STJ – HC 453.437/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018)

Esta Corte fixou entendimento no sentido de que, embora o art. 28 da Lei 11.343/2006 não mais preveja a pena privativa de liberdade para a posse de droga para uso próprio, tal fato continua sendo classificado como crime” (STJ – AgRg no HC: 567948 DF 2020/0072620-8, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 09/06/2020, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 16/06/2020)

Dessa forma a posse de drogas é crime penalizada com medidas educativas, que embora não prive a liberdade, seu processamento se dá no Juizado Especial Criminal, criado para julgar infrações com menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 88.

### 3.1 Marginalização dos usuários

Melhoria da qualidade de vida, redução dos danos associados ao uso da droga, bem como a integração e a reintegração constituem atividades de atenção e reinserção social do usuário e do dependente, conforme artigos 20 e 21 da Lei nº. 11.340/06.

Contudo, conforme já explanado, quando um indivíduo é flagrado portando, adquirindo ou guardando a substância, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, será gerado o termo circunstanciado em face do mesmo, momento que terá sua idoneidade questionada ao ser submetido ao rito da Lei nº. 9.099/95 e a conduta analisada pelo Juízo do Juizado Especial Criminal.

A partir deste momento, o mero usuário de bons antecedentes tem seu perfil de bom cidadão manchado, e mesmo que possua direito aos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo dos artigos 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais e não gere reincidência, conforme AgRg do STJ no HC 602.724/SP<sup>11</sup>, terá sua certidão de antecedentes que antes era zerada marcada pelo rito, indicando que este possui passagem no meio criminoso.

Além do mais, o legislador, ao redigir tais artigos, não diferenciou o mero usuário do dependente, colocando-os como iguais ao submeter o usuário às mesmas sanções e tratamento que um dependente necessita para a sua reintegração e reinserção. Inclusive, são os termos de Victor Eduardo Rios Gonçalves (2021, p. 190), rebatendo a tese da inconstitucionalidade na previsão do artigo 28, Lei nº 11.343/06:

Deve-se lembrar, porém, que o porte de entorpecente representa um perigo para toda a coletividade, e não apenas para aqueles que portam e fazem uso da droga. A pessoa dependente, além de danos à própria saúde, pode ficar violenta, causar vários tipos de acidentes e, até mesmo, em face da necessidade de sustentar seu vício, cometer crimes contra o patrimônio ou de outra natureza (Brasil, 2006).

O usuário faz o uso eventual ou esporádica da droga, de forma autônoma e consciente, com livre manifestação de vontade, diferindo-se, por isso, do dependente, este possui a necessidade de consumir e tem a sua autonomia reduzida no que se refere ao uso de drogas. Essa necessidade pode advir da dependência física, no qual a falta da droga causa modificações fisiológicas, o levando a abstinência, ou da dependência psicológica, atrelado ao sentimento de satisfações e desejo de consumir a substância, e por fim, há o fator da tolerância, levando o aumento da dose a fim de sentir o mesmo efeito que tinha quando consumia em menor quantidade (Coelho; Souza, 2017, p. 3-4).

A colocação do usuário e dependente como sendo os mesmos alimenta o preconceito de que o usuário é doente e necessita de tratamento, assim como o dependente, embora não se aplique pena de restrição de liberdade, em razão do caráter penal das sanções relativas a posse da droga, sendo a posse um ilícito-típico. Isso esculpe um falso perfil criminoso em face daquele que sequer possui dependência.

---

<sup>11</sup> “1. Em relação à agravante do art. 61, I, do Código Penal, ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, cuja inobservância não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a constitucionalidade está sendo debatida no STF. [...] (AgRg do STJ) no HC 602.724/SP”

#### **4. ATIPICIDADE DO DELITO DE POSSE DE DROGA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO ALHEIO**

Como já mencionado, o delito da posse de droga para o consumo própria é conduta criminosa. Dessa forma, assim como outras condutas delituosas, para a posse de determinada substância ser caracterizada como crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, o caso concreto deverá conter os pressupostos do crime, demandando a necessidade da persecução criminal.

##### **4.1 pressupostos do crime da teoria tripartida do delito**

Crime, conforme o conceito dogmático e da teoria tripartida do delito majoritariamente aceito, é fato típico, ilícito e culpável (Pacelli, 2018, p. 241). Em seu viés analítico, para haver crime, devem existir três pressupostos, os quais sendo: “(...) a tipicidade, o qual é dividida em formal e material, antijuricidade ou ilicitude e culpabilidade” (Nucci, 2019, p. 424).

Tipicidade, segundo Guilherme de Souza Nucci, é a ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (2019, p. 424). Mas não basta a mera correspondência da realidade fática com o texto penal para configurar crime, a tipicidade deve ser analisada sob duas perspectivas, dividindo-se em tipicidade formal e material.

A tipicidade formal, como já definido no parágrafo anterior, é a correspondência da conduta com os verbos da previsão legal. Havendo tal correspondência, em observância ao princípio legal, restará configurada a tipicidade formal. Já a tipicidade material está atrelada ao princípio da lesividade, e exige o resultado da efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados no contexto fático (Pacelli, 2018, p. 133).

Logo, para o fato ser típico, deve toda a conduta do agente se amoldar aos tipos penais, mas não só, a sua conduta deve lesionar efetivamente um bem jurídico. Satisfeitos tais requisitos, restará configurada a tipicidade da conduta.

Consequentemente à tipicidade, vêm a ilicitude ou antijuridicidade. Como o próprio termo diz, é a conduta ilícita ou antijurídica, ou seja, a conduta comissiva ou omissiva do agente que contraria o ordenamento jurídico (Garcia, 2017, p. 273). Havendo tipicidade na conduta, a mesma estará contrariando ao ordenamento jurídico, vez que, se é típico, há previsão legal, e se há previsão, a conduta possui relevância penal. A antijuridicidade pode ser excluída se a conduta típica restar justificada por alguma discriminante do artigo 23 do Código Penal, como o estado de necessidade ou legítima defesa; e o estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito (Garcia, 2017, p. 274).

Por fim, acerca da culpabilidade, último pressuposto para a existência do crime, se trata do juízo de reprovabilidade que o autor possui acerca de sua conduta típica e antijurídica (Estefam, 2020, p. 629). Nos termos de André Estefam, a culpabilidade é a soma dos elementos: da imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e a exigibilidade de conduta diversa. Assim dizendo, na culpabilidade será analisado se o agente era capaz, se possuía ciência de que sua conduta era ilícita e se poderia ou não ter adotado outra conduta no momento do fato (2020, p. 629).

#### 4.2 função do direito penal: proteção do bem jurídico

Embora seja entendido pela doutrina moderna de que a função principal do direito penal é a da proteção dos bens jurídicos, o qual embasa certas incriminações, essa interpretação das normas penais com o único fim de proteger bens jurídicos apenas legítima o aumento do *jus puniendi* do Estado (Oliveira, 2017, p. 1413).

O bem jurídico há de ser entendido como valor do próprio sujeito, de suas condições e projeção social, condicionando a validade da norma e paralelamente subordinando a sua eficácia na comprovação de que foi lesionado ou colocado em perigo (Tavares, 2003, p. 198). Sobre o *jus puniendi* na proteção dos bens jurídicos, preconiza Fábio da Silva Bozza:

Ademais, somente é possível se falar em um dever estatal de proteção de bens jurídicos diante dos requisitos do discurso prático (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), porque, como os direitos fundamentais têm como referência a pessoa humana, os bens

jurídicos também devem ser entendidos sempre como objeto referencial de proteção da pessoa, pois somente nessa condição é que a norma pode ser entendida como valor (2015, p. 241)

Ao realocar o bem jurídico como objeto referencial para a incriminação, mas não como objeto de proteção do direito penal, Bozza adota o mesmo posicionamento de Tavares e frisa a necessidade de demonstrar a lesão ou a ameaça de lesão da conduta em face do bem tutelado para que haja a incriminação.

O bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas (Lei nº.11.343/06) é a saúde da coletividade, supostamente atingida pela circulação de substâncias, vez que o uso e a venda de drogas colocam em risco indeterminado número de indivíduos, seja por meio dos efeitos colaterais de seu uso, seja pelo impacto social ocasionado pela ilegalidade da substância, originado do tráfico.

Ocorre que portar uma droga muitas vezes não ultrapassa a seara individual da pessoa e presumir que essa conduta seja perigosa para a coletividade, sendo que de fato não atinge terceiros a não ser o próprio indivíduo. A sua criminalização e punição pelo Estado é desproporcional, pois pune o indivíduo que não lesa efetivamente bem jurídico alheio, tendo esta sanção caráter arbitrário, mas não inclusiva, educativa ou socializadora. Até mesmo porque o mero usuário, diferentemente do dependente químico, não necessita de cuidado especial do Estado.

#### **4.3 da ausência de lesão: inobservância do princípio da lesividade**

Há aqueles que acreditam que princípios são alternativas as quais as partes recorrem quando não visualizam o amparo da lei, pois se houvesse, as previsões legais seriam suficientes para o respaldo do direito (Mello, 2015, p. 174-175). Mas tal premissa resta equivocada. Princípios são as primeiras formas da concretização normativa de um valor, como o próprio termo diz: é o princípio, o começo, o fundamento e a origem das regras formais.

Embora toda lei decorra de princípios, necessário se faz sua observância a todo tempo para a aplicação da lei num caso concreto, possibilitando a distinção de casos que embora sejam semelhantes, pois se correspondem na previsão legal, distinguem-se no

mundo fático, tendo em vista que são praticados por indivíduos diferentes, em momentos diferentes, com circunstâncias diferentes.

A Constituição Federal em seu artigo 98, inciso I<sup>12</sup>, prevê o princípio da lesividade ao fixar a competência dos juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo. Tal previsão demonstra a necessidade de as condutas supostamente típicas possuírem o mínimo de lesividade, efetivamente lesionando ou ameaçando um bem jurídico, seja de uma vítima determinada ou da coletividade.

Dessa forma, tendo em vista que o princípio da lesividade impede o Direito Penal de criminalizar condutas sem a potência da ofensividade (Silva, 2020, p. 211), será possível averiguar tal premissa, ao realizar a análise de um caso em concreto, relativamente a posse de drogas, nos termos da descrição contida no Boletim de Ocorrência de nº. 2020/864678:

Foi realizado abordagem no interior da praça oscar garbo a pessoa de zaine [...] e [...] luan, este estava com um cigarro em sua mão e na sequencia deixou em cima da mesa quando a equipe se aproximava. Foi possível verificar que se tratava de um cigarro análogo a maconha pesando 1,7 gramas. Questionado de quem seria o entorpecente luan assumiu ser de sua posse, já a pessoa de zaine relatou a equipe que o cigarro de maconha não era apenas de tales luan e sim do casal. diante dos fatos a equipe conduziu o casal até o oitavo batalhão para a confecção de boletim<sup>13</sup>.

Questiona-se então: de fato feriu a saúde da coletividade, a conduta descrita no Boletim de Ocorrência supracitado? No caso apresentado, a ilicitude se assenta no fato de que Luan trazia consigo a maconha para consumo próprio, contudo não se verifica qualquer dano concreto advindo de sua conduta. Aqui, a única consequência material da conduta seria a sua autolesão, mas o direito penal não pune a autolesão (NUCCI, 2019, p. 474). No mesmo sentido, foi o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso, pela descriminalização do porte apenas de maconha para consumo próprio, no Recurso Extraordinário (RE) de nº. 635.659, do Supremo Tribunal Federal (STF):

---

<sup>12</sup> Art. 98. 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 (Brasil, 1988)

<sup>13</sup> Boletim de Ocorrência nº. 2020/864678. Autos de Termo Circunstanciado nº. 0008400-82.2020.8.16.0130. Movimento nº. 6.1.

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão (Brasil, 2015)

No caso concreto apresentado, não há que se falar de lesão da saúde de terceiro, sequer da coletividade e muito menos da ameaça de lesão. Além do mais, condutas relacionados ao próprio indivíduo e que não possui nenhum resultado lesivo não interessam, ou não deveriam interessar, para o Direito Penal.

A ausência de lesividade no caso acarreta a atipicidade em seu aspecto material. Não havendo fato típico por ausência de bem lesado, não se fala em delito, vez que a tipicidade é um dos elementos componentes do crime.

Contudo, embora se trate de conduta autolesiva e sem resultado efetivo lesão, apenas com a correspondência da conduta com a previsão do artigo 28 da Lei de Drogas, verificada a tipicidade formal e a ilicitude da conduta, a incriminação vem, uma vez que o entendimento majoritário é de que a conduta da posse de droga é de perigo presumido, não necessitando de lesão no mundo fático. Todavia, tal premissa desrespeita diretamente os termos do princípio da lesividade e apenas punirá o usuário sem justa causa, além de atingir outras esferas do indivíduo, decorrentes de sua criminalização.

A função punitiva do Estado é a de proteger a sociedade, os bens jurídicos e seus cidadãos, não deve o Poder Judiciário Criminal ser acionado para exercer seu poder e dever, como *ultima ratio* (Nucci, 2019, p. 517), quando o fato carece de tipicidade material, no caso em concreto, pela ausência de lesividade e dano decorrente da conduta de Luan.

#### **4.4 da autolesão e violação da intimidade, privacidade e da autodeterminação na imputação do delito de posse de droga**

No delito de posse de droga, a conduta tipificada recai, ou deveria recair, na posse da substância, mas não em seu uso. Tal afirmação decorre em razão de ser vedada a punição da autolesão. Apesar disso, a referida justificativa é contraditória, pois não há como consumir a droga sem portá-la antes (Pagliuca; Cury, 2016, p. 40). Em qualquer das



modalidades previstas, do artigo 28, caput ou seu parágrafo 1º, da Lei nº. 11.343/06, é necessário um especial fim de agir: a droga deve destinar-se “para uso próprio” (Marcão, 2021, p. 22).

Nesse sentido, o porte e o consumo estão atrelados, e o usuário, ao consumir a substância, lesiona somente a si mesmo, sendo que a vontade de um sujeito absolutamente capaz que queira praticar autolesão diz respeito à sua intimidade, privacidade e autonomia individual.

Inclusive, foi entendimento do Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na já mencionada Repercussão Geral no RE nº. 635.659 do STF, que trata da tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, julgamento ainda não conclusivo:

Diante da análise aqui procedida, é possível assentar que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade. Nesse contexto, resta evidenciada, também sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade da norma impugnada, por violação ao princípio da proporcionalidade (Brasil, 2015)

Está previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal<sup>14</sup>, como direito fundamental, também denominados como direitos morais do cidadão, o direito à privacidade, que teve o seu conceito dividido na inviolabilidade a intimidade, vida privada e honra (Agra, 2018, p. 231).

A intimidade abrange questões particulares que apenas o próprio indivíduo pode dizer a respeito, tratando-se da sua individualidade. Abrange a vida privada, as relações íntimas do indivíduo, como a de seus familiares e aqueles que fazem parte de seu cotidiano. A honra, é dividida em honra objetiva, atrelada a imagem do indivíduo para com a sociedade, e a honra subjetiva, relacionada a sua autoestima (Agra, 2018, p. 231).

Ressalte-se que embora o direito à privacidade não seja absoluto, podendo, em certas circunstâncias, o interesse coletivo sobressair ao interesse particular, deve haver um conflito entre o direito de privacidade e o interesse geral. Ou seja, aquilo que se refere à privacidade do indivíduo deve atingir interesses coletivos diferentes para legitimar a

---

<sup>14</sup> Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988)

violabilidade da privacidade (Agra, 2018, p. 231). Acerca do direito à privacidade, explana Gilmar Ferreira Mendes:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas (Branco; Mendes, 2017)

Em complemento, os termos de Eugênio Pacelli (2020, p. 195):

Por outro lado, pode-se até mesmo questionar a constitucionalidade da citada incriminação, se considerarmos que a autolesão não é considerada para fins penais (de incriminação). Assim, sabendo-se que o Homem não pode ser instrumentalizado como meio de política de contenção de drogas, a criminalização do uso de drogas seria arbitrária e contrária aos princípios da autonomia e da liberdade individual. De lembrar-se que nem toda droga produz efeitos que criam riscos a terceiros. Não mais, por exemplo, que as bebidas alcoólicas

A privacidade é direito essencial do ser. Está intrinsecamente ligado ao seu bem-estar em todos os parâmetros da vida. Se não lhe for garantido a intimidade, estará a pessoa vulnerável a própria sociedade, posto que terá seus fatores individuais expostos ao julgamento de terceiros, mesmo que não lhe digam a respeito, assim como a honra denegrada perante a toda a sociedade e também de si mesmo.

Aquele que porta a droga para consumo, antes de ser classificado como usuário, é indivíduo, pessoa humana e cidadão com direitos e deveres. Seu perfil criminoso como usuário de drogas advém da intervenção estatal na sua autonomia, quando este decide consumir a substância e o Estado o sanciona, sob a justificativa de que tal conduta é perigosa para a saúde de toda a coletividade, deixando uma marca nos antecedentes do mero usuário.

Assim, a escolha pelo consumo, não havendo lesão a terceiro, há de ser livre. Não cabe ao Estado, através do Direito Penal, retirar a autonomia dos indivíduos, se sua conduta não causa efetiva lesão.

## 5. DESPROPORCIONALIDADE NA PUNIÇÃO DO USUÁRIO

O princípio da proporcionalidade está atrelado a proteção da dignidade da pessoa humana, impedindo que o agente delituoso receba pena desproporcional do delito praticado, devendo o julgador aplicar a pena conforme a reprovação da sua conduta e o seu resultado injusto (Silva, 2020, p. 156).

Ainda que as sanções para o delito da posse de droga não prive a liberdade do usuário, toda a fase preliminar e o rito sumaríssimo são os mesmos que os delitos com pena privativa de liberdade: o sujeito será abordado pela autoridade e levado para a delegacia; haverá a elaboração do termo circunstanciado com registro de boletim de ocorrência, designando-se a audiência preliminar para o sujeito comparecer em juízo, sendo enviado o referido boletim ao Juizado Especial Criminal correspondente para a análise do caso concreto. A partir deste momento, estará registrado acerca do processo nas certidões de antecedentes criminais do indivíduo, embora possa ser beneficiado pela transação penal.

Ressalte-se que o indivíduo citado no caso concreto, Luan, que estava com seu cigarro de maconha numa praça, junto de sua namorada, não possuía nenhum antecedente. Logo, não há proporcionalidade na punição de Luan, que teria a sua boa reputação social manchada, em razão da criminalização de sua conduta, apenas pelo fato de que tinha em sua posse a maconha para o uso próprio, num momento de lazer com a sua namorada.

Dessa forma, diante do perfil primário de Luan, das circunstâncias do caso concreto e da ausência de efetiva lesão a bem alheio, a imputação do delito em face do referido usuário, bem como a decisão pela aplicação das penas do artigo 28 da Lei de Drogas resta desproporcional, além de não alcançar o objetivo principal da Lei de Drogas, demonstrando apenas uma intervenção arbitrária do Estado na esfera particular do indivíduo. Acerca da inalcançabilidade do objetivo visado pela Lei de Drogas, Rosália Guimarães Sarmiento<sup>15</sup>, declarou:

O embaralhamento que a legislação acaba por proporcionar, retirando a objetividade que deveria existir em toda tipificação de condutas com relevância jurídico-penal, ainda proporciona o grave inconveniente de permitir que a solução jurídica do caso concreto contrarie, diretamente, os valores que a Lei de Drogas pretendeu instituir que são: prevenção e

<sup>15</sup> Juíza da 2ª Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes da Comarca de Manaus.

repressão. Os dois. Não só o último (Sentença ref. Autos 0602245-17.2018.8.04.0001 – 2ª V.E.C.U.T.E. Manaus. 21 de fev. 2019)<sup>16</sup>

A desproporcionalidade da imputação do delito de posse de drogas em face do usuário de bons antecedentes, também decorre da ausência de lesão efetivo a bem jurídico alheio. Mas, e principalmente, no que se refere a criminalização de seu perfil de bom cidadão, manchado pelo Estado embora ele não tenha lesionada nenhum bem jurídico alheio, para submetê-lo a sanções que não serão eficientes, pois são pessoas capazes e não necessitam da atenção especial do Estado.

## 6. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A possibilidade do reconhecimento da insignificância da conduta de posse de droga também está atrelada a ausência de lesão, tese incisivamente tratada no presente trabalho, vez que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “(...) considerar insignificante um fato típico implica reconhecer a completa ausência de lesividade em face da conduta praticada” (2019, p. 525), reconhecendo a atipicidade material do caso.

A aplicabilidade do princípio da insignificância é analisada conforme a tipicidade material do caso concreto. Sua função é de impedir a penalidade daqueles que, embora tenham praticado conduta típica, no sentido formal, no mundo fático do caso concreto tal conduta demonstrou pouca ou nenhuma relevância e por esta razão não se faz proporcional a sua punição (Greco, 2017, p. 22).

Conforme André Estefam, a proteção do princípio da insignificância está atrelada a proteção da dignidade da pessoa humana, e não pode o Direito Penal ser instrumento de domínio político ou estar à mercê do poder estatal criminalizando condutas que resultam em insignificante lesão ao bem jurídico (2020, p. 170). É o princípio que reduz o excesso penal.

Para Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo: “(...) o princípio da insignificância pode ser visto como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, tendo em vista que restringe o âmbito da incidência da lei penal incriminadora e afasta a tipicidade material” (2017, p. 57).

<sup>16</sup> Recorte da sentença prolatada nos autos nº. 060245-17.2018.8.04.0001, proferida em 21 de fevereiro de 2019, o qual reconheceu de ofício a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/06.

No caso concreto do Boletim de Ocorrência nº. 2020/864678, apresentado no tópico nº. 4.3 da ausência de lesão, a conduta de Luan, embora típica no sentido formal, materialmente não apresentou ofensividade, carecendo de periculosidade social. Apesar da reprovabilidade da sua conduta em razão da posse de maconha, em face das circunstâncias do fato, o qual seja a ausência de terceiros ao seu redor, e das condições do autor, primário com bons antecedentes, a sua reprovação é reduzida e não indica lesão que justifique ação criminal, requisitos estes atrelados à aplicabilidade do princípio da insignificância. Nesse sentido, foi o entendimento unânime do STF, no HC nº. 110.475/SC, relatado pelo ministro Dias Toffoli:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. (STF – HC: 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/02/2012, Primeira turma, Data de Publicação: Dje-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012)

Ora, sabe-se que para a aplicabilidade do princípio da insignificância não basta o cumprimento dos requisitos apresentados na ementa do acórdão. Os critérios são revestidos de subjetividade e apenas a análise do caso concreto apontará o reconhecimento ou não da bagatela. Essa análise deve ponderar as condições do usuário, sua primariedade, antecedentes e conduta social, e por fim, o resultado, se houve lesão, ou ameaça de lesão. Contudo, o STJ contraria o supracitado entendimento do STF, nos termos de Rogério Schietti Cruz na HC nº. 135.508/ES:

A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resulta, por si só, na absolvição do acusado pelo delito descrito no art. 33

da Lei nº 11.343/2006, crime de perigo abstrato sobre o qual não incide o princípio da insignificância

No mesmo sentido, nas palavras da Ministra Maria Thereza de Assis Moura no AgRg no REsp nº. 1578209/SC:

Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida

A incriminação da posse de droga em razão de ser delito de perigo presumido, levando em consideração a conduta fática e propriamente dita e o perfil criminoso constituído em face do usuário se demonstra desproporcional e injusta.

Se houve alguma ofensividade advinda da conduta do autor do caso em concreto apresentado, esta foi mínima, praticamente imperceptível, conforme os fundamentos dilapidados ao longo deste trabalho.

A atuação do Direito Penal cabe apenas quando não há outros meios de resolver determinado conflito ou lesão a algum bem jurídico, por isso é denominada como *ultima ratio*, no sentido literal: última opção. Essa atuação limitada da lei criminal advém principalmente do poder que o Estado possui de retirar até mesmo a liberdade de um indivíduo. Contudo sua função não se trata de simplesmente punir a conduta criminosa. Se trata, além da retribuição pelo mal injusto e a prevenção de que não seja cometido novamente, a reeducação e ressocialização do condenado (Nucci, 2019, p. 78).

Ocorre que o usuário de drogas, mesmo que não tenha sua liberdade privada de si mesmo, terá sua liberdade restringida, determinado dessa forma pelo Estado pela simples posse de substância, de quantidade muitas vezes ínfima. Ao deixar de analisar todas as circunstâncias pertinentes ao caso concreto, presumindo a lesão, o indivíduo que porta a droga e não possui uma passagem no meio policial e judiciário criminal passará a ter antecedentes, sejam bons ou maus, terá antecedentes.

Dessa forma se faz imprescindivelmente necessário a análise minuciosa de cada caso de posse de drogas como deve ser em todos, conforme a aplicação da analogia *in bonam partem* e *do in dubio pro reo*.

O Estado, neste momento, negligencia a essência do indivíduo, tido como usuário, pois é inegável os reflexos fáticos e jurídicos que podem acometê-lo, indo em direção

contrária ao objetivo visado, seja pela Lei de Drogas, nº. 11.343/06, ou pelo próprio Código Penal. Carece de empatia e humanidade, em prol de certo pensamento ignorante que paira sobre todo o sistema judiciário, que com a Constituição Federal de 88 sucedeu a era ditatorial.

## 7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto até o momento, é possível averiguar que, embora a punição pela posse de drogas não acarrete na privação da liberdade e o indivíduo possa se beneficiar com a transação penal do rito sumaríssimo ou da suspensão condicional do processo, a inserção, mesmo que breve, do cidadão-usuário no rito processual penal, acarreta na criminalização de seu perfil social, vez que, a princípio, sua conduta é tida como criminosa.

A tentativa é a de lembrar o fito do Direito Penal, que apesar de deter o poder da punição e de retirar ou restringir a liberdade de determinado sujeito quando este pratica um delito, o deve fazer com a devida razão e justificativa. Lembrando que, além da punição em decorrência da lesão que causou, se busca a reinserção do indivíduo ao meio social, visto que, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada a todos, sem diferença de tratamento. Por isto a existência de tantos princípios penais que decorrem dos direitos fundamentais dos cidadãos, procurando evitar a punição desnecessária e exacerbada.

A criminalização do usuário que não possui passagem nenhuma no meio criminoso, em razão de portar uma substância, é nitidamente desproporcional, e apenas a análise minuciosa e humanizada das circunstâncias que acometem o fato tido como criminoso pode evitar a arbitrariedade do Estado perante ao usuário, que antes de tudo é humano e digno. E para isto, basta revisar todas as questões existentes para a conduta ser típica, sempre em consonância com todo o contexto fático, de como o caso concreto se deu.

Ressalte-se que o presente trabalho não se trata da descriminalização ou da legalização do porte de drogas, mas do cuidado necessário que o Estado deve possuir ao deter o poder de decidir se a conduta do indivíduo é de fato lesiva e deva ser punida, ou

se embora ilícito em razão do porte da droga, não é típico por não lesar ou ameaçar de lesão a saúde, seja de alguém particular ou da coletividade. Ou ainda, havendo a lesão, se nítida a reduzida lesividade e presentes os requisitos para o reconhecimento da insignificância, que o seja aplicável.

Logo, a questão é a proteção da dignidade do usuário. Embora se saiba que os efeitos das drogas são prejudiciais tanto a saúde do próprio indivíduo e da coletividade, e que a previsão da posse de droga como delito visa a proteção da sociedade de tais efeitos, também se sabe que toda a questão judicial envolvendo a prática de um crime também traz questões que acometerá apenas o usuário, sem nenhuma justificativa palpável, sendo que este será punido por uma mera conduta ilícita, mas muitas vezes inofensiva.

## 8. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35862/R%20-%20T%20%20FABIO%20DA%20SILVA%20BOZZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.578.209/SC**. 6ª Turma. Relatora: Min. Maria Thereza Assis de Moura. Santa Catarina. Dje 27 jun. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862180773/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1578209-sc-2016-0012712-0/inteiro-teor862180784?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 567.948/DF**. 2020/0072620-8. 6ª Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. j. 09/06/2020. Dje 16/06/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863487799/agravo-regimental-no-habeas>



corpus-agrg-no-hc-567948-df-2020-0072620-8 23/09/2021. Acesso em: 28 de set. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 135.508/ES.** 6ª Turma. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Espírito Santo, ES, DJe 21 jun. 2016. J. 7 jun. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/354340037/habeas-corpus-hc-135508-es-2009-0084922-4/relatorio-e-voto-354340065>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 139.667/RJ.** Noticiado no Informativo 420. 5ª Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Rio de Janeiro. j. 17 dez. 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8610056/habeas-corpus-hc-139667-rj-2009-0118642-1/inteiro-teor-13677987>. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 424.931/SP.** 6ª Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. São Paulo, SP, DJe 15 fev. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548978873/habeas-corpus-hc-424931-sp-2017-0295613-0/decisao-monocratica-548978884>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 453.437/SP.** 5ª Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. São Paulo, SP, DJe 15 mai. 2018. J. 4 out. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638033341/habeas-corpus-hc-453437-sp-2018-0135290-0/inteiro-teor-638033385>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 602.724/SP. Recurso Especial: Resp 1917467 MG 2021/0016646-5.** 5ª Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. j. 09/02/2021. DJe. 17/02/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172367025/recurso-especial-resp-1917467-mg-2021-0016646-5>. Acesso em: 23 de set. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial: **REsp 1.444.537/RS.** Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. j. 12.04.2016, noticiado no Informativo 582. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340002226/recurso-especial-resp-1444537-rs-2014-0069553-4/relatorio-e-voto-340002248>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus. RHC 35.920/DF.** 6ª Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25099708/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-35920-df-2013-0056436-8-stj/inteiro-teor-25099709>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP.** Primeira Turma. Relator: Gilmar Mendes. Voto Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 14 set. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 635.659/SP.** Primeira Turma. Relator: Gilmar Mendes. Voto Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 10 de setembro

de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 20 de set. de 2021.

COELHO, Gustavo Tozzi. SOUZA, Paulo Vinicius Sporelender. **Uso de drogas e autonomia:** limites jurídico-penais e bioéticos. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM. Vol. 126, Dez de 2016). Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.126.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.126.03.PDF). Acesso em: 14 set. 2021.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático:** Parte Geral. Coleção Esquemático. Coord. Pedro Lenza (e-pub) - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Coleção Sinopses para Concursos.** v. 15. Bahia: Editora JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial.** Col. Esquemático. (e-pub). 7ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MARCÃO, Renato. **Lei de Drogas:** Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 anotada e interpretada: Crimes, investigação e procedimento em juízo. 2ª ed. Saraiva Jur: São Paulo, 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas:** Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **A Autolesão, o Estelionato e os Princípios Constitucionais.** Revista do Ministério Público do RS. n. 78. Porto Alegre: set. 2015 – dez. 2015. p. 173-184.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. **500 Tons de Autonomia no Direito Penal:** Uma Análise à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Anais do V Congresso Nacional da FEPOD. 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/gtSaoQ7ITb5vRBL9.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 4ª ed. 1. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de Drogas**. São Paulo: Rideel, 2016.

PRADO, Suzane Maria Carvalho do. Artigo 28 da Lei 11.343/2006 – **Natureza Jurídica e Consequências Processuais**. Publicado no XXII Congresso Nacional do Ministério Público. BH: 2017. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP\\_Academia/Teses\\_2017/ARTIGO\\_28\\_DA\\_LEI\\_11343-2006.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2017/ARTIGO_28_DA_LEI_11343-2006.pdf). Acesso em: 23 set. 2021.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed., rev., ampl. e atual.. BA: JusPODIVM. 2017.

SARMENTO, Rosália Guimarães. **Sentença ref. Autos 0602245-17.2018.8.04.0001**. Juíza de Direito da 2ª V.E.C.U.T.E. Manaus. 21 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-antecipa-supremo-declara.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. 2. ed. rev., ampl., atual.– Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. -- São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

**Recebido:** 00.00.2023

**Aprovado:** 00.00.2023