UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UnRV) - CAMPUS CAIAPÔNIA

FACULDADE DE DIREITO

CAMILA CRISTINA DE OLIVEIRA DIAS

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO NA
POLÍTICA CRIMINAL ANTI DROGAS DO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

CAIAPÔNIA - GOIÁS

2021

CAMILA CRISTINA DE OLIVEIRA DIAS

**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO NA
POLÍTICA CRIMINAL ANTI DROGAS DO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Projeto de ir pesquisa apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde – Campus Caiapônia como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Fabio Lasserre Sousa Borges

CAIAPÔNIA – GOIÁS

2021

SUMÁRIO

1 TEMA E DELIMITAÇÃO.....	3
2 PROBLEMA	3
3 HIPÓTESES	3
4 JUSTIFICATIVA	4
5 REVISÃO DE LITERATURA	5
5.1 POLÍTICA CRIMINAL ANTI DROGAS NO BRASIL	5
5.2 LEI N.º 11.343/2006.....	6
5.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS	9
5.3.1 A função legitimadora e limitadora dos princípios do Direito Penal	10
5.3.2 Princípios violados pelo artigo 28 da Lei de Drogas.....	10
5.3.3 Princípio da Dignidade da pessoa humana	12
5.3.4 Princípios da igualdade e da liberdade	13
5.3.5 Princípio da inviolabilidade da intimidade e vida privada	14
5.3.6 Princípio da Intervenção mínima.....	15
5.3.7 Princípio da Intervenção mínima.....	15
5.3.8 Princípio da Lesividade	16
5.3.9 Princípio da Insignificância	17
6 OBJETIVOS	19
6.1 OBJETIVO GERAL.....	19
6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	19
7 METODOLOGIA.....	20
8 CRONOGRAMA.....	21
REFERÊNCIAS	23

1 TEMA E DELIMITAÇÃO

Considerando o volume e a amplitude das demandas do Direito Penal cada vez mais emerge a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela, que relacionado ao princípio da intervenção mínima, visa que a intervenção do Estado seja sempre a mínima possível quanto a esfera dos direitos do cidadão, e assim não seja desproporcional ou que mobilize sem necessidade o judiciário. Diante dessa perspectiva, delimitou-se o seguinte tema: A aplicação do princípio da insignificância na Política Criminal antidrogas no Direito Penal brasileiro.

2 PROBLEMA

A partir do exposto, tem-se como problemática de pesquisa: Quais principais características são observadas pelo aplicador do direito para aplicar o Princípio da insignificância conforme a jurisprudência brasileira frente ao art. 28 da Lei de Drogas?

3 HIPÓTESES

Diante da problemática ora apresentada, levantou-se as seguintes hipóteses:

- Acredita-se que na jurisprudência o magistrado considere quanto às condutas para a aplicação do princípio da insignificância, a mínima ofensividade da conduta do agente além da ausência de periculosidade social da ação.
- Outro aspecto a ser considerado é a inexpressividade da lesão jurídica, além do grau de reprovabilidade do comportamento reduzido no caso concreto, o princípio deve ainda analisar com bom senso conforme o nível ínfimo da lesão (ou seja, o desvalor do resultado).
- Pretende-se por meio deste, comprovar que, a criminalização primária quanto ao porte de narcóticos ilícitos para o consumo próprio, é insustentável juridicamente considerando que, o art. 28 da denominada Lei de Drogas, não é capaz de caracterizar uma conduta hábil, capaz de produzir uma lesão que ultrapasse os limites da alteridade, assim sendo, não afronta os princípios constitucionais albergados pela Constituição Federal e convenções internacionais de DIH com ratificação no Brasil.

4 JUSTIFICATIVA

Considera-se que o Direito Penal está sobrecarregado, é moroso e complexo, o que acarreta outras problemáticas, como a superlotação carcerária, assim sendo, no âmbito moderno, este só deveria se ocupar de ações relacionadas a lesões sérias ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Assim, compreende-se que o princípio da insignificância tem diversas contribuições sociais e ao judiciário, sendo de grande relevância acadêmica, profissional e para a sociedade de um modo geral, pois, o Direito Penal possui natureza subsidiária e fragmentária, devendo se limitar ao que é necessário para a proteção do bem jurídico, e não deve se ocupar de bagatelas.

Deste modo, é essencial um estudo que delimite as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade, assim como as materialmente atípicas, compreendendo acerca do juízo de tipicidade, de modo que o judiciário se atenha apenas a casos em que haja efetiva significância e não sejam alcançados fatos que devam ser estranhos ao direito penal ou ainda que se alcançados, sejam eliminados, quando representar um dano socialmente irrelevante ou que seja passível de dissolução em outra esfera do Direito. Cabe compreender o tipo na sua concepção material, se possui conteúdo valorativo, e não somente seu aspecto formal.

A pesquisa tem como justificativa o grande interesse jurídico e relevância social que o tema envolve, tendo em vista que, no atual contexto do país, a questão das drogas é matéria que gera muitas preocupações. A relevância da matéria discutida, no sentido de seu impacto sócio-político, funda-se na garantia de direitos fundamentais frente à força do poder de punir e tipificar penalmente condutas, como também pelo impacto que a decisão a respeito do tipo penal de consumo pessoal de drogas tem para toda a população. Discussão jurídica que não foge da análise dos contextos políticos em que emergem as políticas de drogas, situadas no campo da criminologia.

A questão vem sendo debatida em vários Tribunais do País, inclusive no STF (Recurso Extraordinário 635.659). No plano internacional, a descriminalização do uso de drogas é uma tendência em vários países do mundo, inclusive na América Latina. E o Brasil, como um país democrático, deve seguir esse caminho em respeito à sua Constituição. Portanto há uma

emergência na discussão e problematização da posição do Judiciário e do STF e na colocação de pautas de descriminalização.

Assim, entende-se ser o tema de suma importância, a fim de que haja um aumento dos espaços de discussões desses assuntos, o que incentiva que novos olhares sejam a eles direcionados, apesar da necessidade imprescindível da adoção de novas posturas.

5 REVISÃO DE LITERATURA

5.1 POLÍTICA CRIMINAL ANTI DROGAS NO BRASIL

As drogas se disseminaram e afetam todas as classes sociais, sem distinção de raça, idade, ou fatores diversos. Lícitas ou ilícitas, elas fazem parte do cotidiano de todas as pessoas e causam um grande impacto na sociedade de forma geral. A acessibilidade se torna fácil a todos. O uso abusivo e a dependência das drogas tornou-se um grave problema de saúde pública que leva inúmeros jovens à morte todos os dias (BIBLIOMED, 2014).

Nesse panorama, para se entender a política criminal de drogas no Brasil, em primeiro lugar, é imprescindível conceituar o instituto da política criminal. Transcrevendo o pensamento de Raul Zaffaroni e José Pierangeli (2015, p.125) política criminal é “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.”

Para Claus Roxin (*apud* BICUDO, 2015), política criminal representa as escolhas políticas de uma determinada sociedade, ao formular regras para a convivência pacífica de seus cidadãos. Diante disso, há, no Brasil, uma política criminal de drogas que escolheu criminalizar a produção, a distribuição, o comércio e o consumo de determinadas substâncias entorpecentes. De forma a combater muito mais um grupo de indivíduos e demonstrar alguma proatividade estatal, essa política mata milhares de brasileiros, sem que de alguma forma se veja uma diminuição efetiva no consumo e no comércio ilegal dessas substâncias.

5.2 LEI N.º 11.343/2006

A Lei nº 11.343/2006 é a atual responsável por disciplinar criminalmente a relação entre as pessoas e as drogas tidas como ilícitas.

Inaugurando a parte administrativa, a atual Lei de Drogas, em substituição ao Sistema Nacional Antidrogas, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), visando prescrever medidas para prevenção do uso indevido, além de oferecer atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, conforme artigo 1º da Lei 11.343/2006.

Com esta, há uma inovação em relação ao tipo penal associado ao consumo (artigo 28), a chamada despenalização. Vejamos o *caput* do referido artigo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - Advertência sobre os efeitos das drogas;

II - Prestação de serviços à comunidade;

III - Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Focando no tipo descrito no artigo 28 da 11.343/2006, muito se discute se esse tipo penal estaria protegendo um bem jurídico digno de tutela, visto que os tipos penais da Lei de Drogas, segundo doutrina majoritária, trazem a saúde pública como bem jurídico tutelado, todavia, parte da doutrina entende que o consumo de drogas não apresenta lesão, a ser tutelada pelo direito penal.

Outra não é a linha de pensamento de Salo de Carvalho. O autor diz que:

[...] nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforcem concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. (CARVALHO, 2016, p. 270)

Karam (2006) defende que o porte de drogas desde que com o objetivo de consumo próprio, não tem como característica ferir nenhum bem ou princípio constitucional jurídico de outrem, cabendo ao próprio indivíduo e à sua intimidade, exceto em casos que envolvam riscos concretos à terceiros, deste modo, não se autoriza a invasão da vida privada e intervenções quanto a tais condutas.

Seguindo essa linha de entendimento, o consumo de drogas se caracteriza, por uma autolesão do indivíduo, isto é, trata-se de uma conduta autônoma que só é capaz de gerar dano ao próprio sujeito que o provoca. Por conseguinte, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal ofende direitos constitucionais como à intimidade e à vida privada e princípios como da lesividade, de modo que carece da alteridade que legitima a intervenção do direito penal. Por não ser o objeto do presente capítulo, não iremos permear a fundo os aspectos atinentes à (in)constitucionalidade do tipo penal do artigo 28 da Lei 11.343/06

Na acepção de Luiz Flávio Gomes (2013), lastreada no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, a nova Lei de Drogas aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal, porquanto as sanções previstas para essa conduta de modo algum permitem a pena de prisão. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como crime, mas sim um ilícito penal *sui generis*, uma vez que teria havido a descriminalização formal.

Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. (GOMES, 2013, p.111)

Respeitando o brilhantismo da teoria apresentada, tal entendimento não prosperou, tendo *em vista* que a própria Constituição Federal/88, em seu artigo 5º, XLVI, prevê que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte permite, através da expressão “entre outras”, a aplicação de outras penas, demonstrando se tratar de rol meramente exemplificativo.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, no ano de 2007 já se posicionou sobre o tema, no sentido de que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 manteve a criminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal, entendendo que houve o fenômeno da despenalização.

EMENTA: I. 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 despreço 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, 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). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (STF, RE 430.105 QO/RJ, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, DJe de 27-4-2007; Informativo STF n.456; Boletim IBCCrim, n.175, Jurisprudência, p.1089; Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n.17, p.154; RT 863/516)

Do mesmo modo, Renato Marcão (2015, p. 53), afirma que “a ausência de cominação privativa de liberdade não afasta a possibilidade da conduta estar listada como crime ou contravenção”. De acordo com Marcão, atualmente, não se pode fundamentar o fenômeno da descriminalização com base no artigo 1º na Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, vez que esta Lei é de 1940, encontrando-se, portanto desatualizada, pois à época de sua elaboração não existia a possibilidade de aplicação de outra pena, que não a privativa de liberdade.

Uma segunda corrente, defendida por Alice Bianchini (2013) entende que houve descriminalização substancial. Ou seja, teria ocorrido *abolitio criminis* em relação ao comportamento do artigo 28, não mais pertencendo tal conduta à tutela do Direito Penal. Este raciocínio entende que a pena privativa de liberdade é a essência do Direito Penal e por conta disso a conduta de portar drogas para consumo pessoal não poderia ser vista mais como crime.

Apesar das correntes expostas, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência foi de que não houve a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, pois a Lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe pena (ainda que não privativa de liberdade), sendo inviável cogitar-se de *abolitio criminis*. Como bem salienta Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei n° 11.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30). (LIMA, 2016, p. 701).

Como se pode ver, a Lei 11.343/2006 buscou trazer um tratamento adequado aos usuários de drogas, tanto que instituiu o SISNAD. Entretanto, percebe-se que ainda existem muitas falhas, em especial no que tange à distinção quanto à finalidade da droga e a não descriminalização da posse para consumo próprio.

Sob a égide da legislação atual, fruto de uma política proibicionista, o consumidor ainda é visto como criminoso, o que fomenta um ambiente estigmatizador e violador de direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

5.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS

Considerando as falhas e a ineficiência da política criminal de combate às drogas (Lei N.º 11.343/06), o presente capítulo buscará compreender, sem pretensão de esgotar o tema, os avanços e retrocessos da Lei de Drogas, assim como sua relação com a principiologia constitucional-penal.

Por conseguinte, serão expostos os argumentos jurídicos que fundamentam a ideia de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal vai de encontro aos direitos e garantias do cidadão brasileiro presentes na Constituição Federal de 1988 e aos princípios atinentes ao direito criminal.

5.3.1 A função legitimadora e limitadora dos princípios do Direito Penal

Os princípios possuem extrema importância em todos os ramos do direito, visto que são comandos valorativos, dotados de plena eficácia, que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, imprescindíveis para consecução da justiça no caso concreto. Como bem salientou Kaufmann (*apud* Batista, 2011, p.61), "toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito".

No Direito Penal, em especial, os princípios atuam como agentes limitadores e legitimadores, tendo em vista o caráter violento, seletivo e estigmatizante desse ramo do direito, além de ser um gravoso meio de controle social.

Desse modo, é importante consignar que o Direito Penal lida com realidades concretas, ele afeta a vida das pessoas de uma forma ímpar. Noutras palavras, o direito penal constrói modelos teóricos para a deliberação de casos singulares (predicados com nomes próprios de sujeitos que serão ou não punidos), portanto os princípios devem prevalecer, no Direito Penal, como garantia de respeito aos direitos humanos desses indivíduos. (BICUDO, 2015)

5.3.2 Princípios violados pelo artigo 28 da Lei de Drogas

Não há data que registre a origem dos princípios, porém, estes já estavam previstos desde o Direito Romano, como forma de integração da norma, conforme as regras criadas pelo imperador: as *leges* entre 284 a 568 d. C, estes princípios jurídicos foram consagrados pelo Direito Romano intitulados como "*este vivere, aletrum non laedere, suum cuique tribuere*", e nos dias de hoje ainda são invocados pela doutrina e jurisprudência (TARTUCE, 2005).

A Constituição Federal de 1988 trouxe com ela a proteção social, que passa a incorporar valores e critérios inovadores para o Brasil. Direitos sociais, seguridade social, universalização, equidade, descentralização político-administrativa, controles democráticos e mínimos sociais nortearam, na Constituição Brasileira, "um novo padrão de políticas sociais" (COUTO, 1999, p. 9).

De acordo com Luana Davico (2013), foi na Constituição Federal Brasileira de 1988, mais especificamente, em seu artigo 1º, *caput*, que o perfil político-constitucional do Brasil foi definido como de um Estado Democrático de Direito, sendo o mais importante dispositivo da Carta de 1988, do qual decorreram todos os princípios fundamentais utilizados em nosso

Estado. Em suma, no hodierno ordenamento jurídico constitucional brasileiro, os princípios ganham cada vez mais força dentro do sistema normativo contemporâneo.

Foi assim que nasceu a essência mais profunda que subsidia toda a construção legal da República do Brasil. Marcel Durães (2015) conceitua os princípios constitucionais como aqueles responsáveis por guardarem os valores fundamentais da ordem jurídica, nestes condensam-se os bens e valores que são considerados fundamentos de validade do ordenamento jurídico.

Durães (2015), pontua que os princípios junto às regras formam as normas jurídicas, sendo que exercem papel diferente dentro do sistema normativo diferente das regras, estas descreverem fatos hipotéticos, e possuem uma função enfática de regular, de modo direto ou indireto às relações jurídicas existentes e que se enquadrem nos moldes típicos descritos por ela. Robert Alexy expõe esta diferenciação:

No tocante ao artigo 28 da Lei 11.343/2006, cuidadosamente estudado no capítulo anterior, que trata da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, observa-se a manutenção da criminalização de tal conduta, apesar de não mais puni-la com pena privativa de liberdade.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - Advertência sobre os efeitos das drogas;

II - Prestação de serviços à comunidade;

III - Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Ribeiro (2018) ressalta que continua sendo crime, conforme o artigo 28 da Lei de Drogas, vez que este está compondo o capítulo III, intitulado “Dos crimes e das penas”, cujas são aplicáveis pelo Juizado Especial Criminal (artigo 48 § 1º). Afastou este as penas privativas de liberdade, no entanto, mantém a previsão das sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ponto digno de nota, é o fato de que a opção por criminalizar o porte de drogas para uso próprio reverbera a estigmatização, além de violar o princípio da lesividade no direito penal e

os direitos civis à liberdade, à intimidade e à vida privada, tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pela Constituição Federal.

Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção. [...]”

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante as cortes e tribunais. [...]”

Constituição Federal brasileira – “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

Esses dispositivos demonstram que a lógica criminalizadora, instituída no artigo 28 da Lei de Drogas, não deveria ser aplicada ao usuário de substâncias entorpecentes por violar alguns de suas garantias fundamentais.

Tanto é assim que Maria Lucia Karam (2006) defende a ideia de que se trata de questão do próprio campo da intimidade do usuário, sendo incabível, portanto, qualquer tipo de medida repressiva do Estado, sob pena de violar o Princípio da Alteridade.

5.3.3 Princípio da Dignidade da pessoa humana

O princípio, ora esboçado, ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, como forma de resposta das práticas terríveis dos regimes totalitários. O primeiro a reconhecê-lo foi o filósofo Immanuel Kant. Barroso (2010, p. 9-10) assinala que a dignidade humana constitui um valor. Este conceito é axiológico e está ligado à ideia de algo bom, justo, virtuoso. Já para os fins jurídicos e políticos, a dignidade da pessoa humana caracteriza-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e passa, com o tempo, a integrar documentos internacionais e constitucionais, no qual o único requisito para se contemplar do referido princípio é o de ser humano.

5.3.4 Princípios da igualdade e da liberdade

A Constituição Federal brasileira de 1988 determina que todos são iguais perante a lei, de modo que a igualdade seja garantida como direito fundamental a todos. Com base neste princípio está inspirado todo o ordenamento jurídico brasileiro. A Disciplina do princípio da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, está presente no Artigo 5º, da Constituição Federal dizendo o seguinte:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988, p. 1)

Em arremate de raciocínio, o princípio da isonomia, situado na base do modelo do Estado democrático, exige que o mesmo tratamento e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos aqueles que estejam em igualdade de condições.

Analisando o artigo 28 da Lei de Drogas em consonância com o referido princípio. A violação do princípio da isonomia estampada nos dispositivos criminalizadores que institucionalizam essa política proibicionista de “guerra às drogas”, visto que estes se baseiam em critérios arbitrários ao colocar algumas substâncias psicoativas como ilícitas (cocaína, maconha, etc.) e outras substâncias da mesma natureza como lícitas (tabaco, álcool, etc.). Quando, na verdade, não existe qualquer diferença relevante entre as arbitrariamente selecionadas drogas ilícitas e as demais drogas que continuam lícitas. Todas são perigosas, dependendo da forma como se relaciona com elas, todas podem causar dependência e prejuízos à saúde, enfim, todas são drogas. (KARAM, 2015).

Tendo em vista que a decisão de usar drogas é uma escolha que diz respeito ao próprio indivíduo, a partir de sua liberdade e possibilidade de autodeterminação, o Estado não pode interferir. Nesse diapasão, Maria Lúcia Karam (2015) aduz que, em uma democracia, o Estado não pode substituir o indivíduo em decisões acerca dele mesmo, de forma que não pode tolher a sua liberdade, sob o pretexto de protegê-los.

Por derradeiro, não se admite a criminalização de porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal, tendo em vista o princípio da igualdade, segundo o qual nenhuma norma

deve tratar as pessoas de forma penalmente diferenciada pelo exercício legítimo de uma liberdade. Acrescido a tanto, pelo princípio da liberdade, baseado na premissa de que todo o indivíduo tem o direito de exercer livremente o domínio sobre seu corpo.

5.4.5 Princípio da inviolabilidade da intimidade e vida privada

No que diz respeito à intimidade e à vida privada, a Constituição da República, protege os indivíduos de qualquer interferência estatal que exorbite a esfera pessoal. Consoante artigo 5º, inciso 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;”. Igualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XII, regulamenta a matéria:

“XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Na busca de um conceito, o direito à intimidade e à privacidade pode ser entendido como a qualidade de manter preservada sua vida particular enquanto pessoa humana, sendo considerado um dos seus principais e mais importantes direitos, inviolável frente à Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, sendo este direito garantido pelo artigo 21 do Código Civil, definido sob a tutela do Poder Judiciário para a defesa deste Direito.

Com efeito, a criminalização do porte constitui evidentemente intervenção indevida na vida privada e íntima das pessoas, além disso, uma reprovação por uma decisão de cunho moral do indivíduo que não segue o padrão imposto pelo Estado.

É inadmissível a intervenção estatal de índole repressiva no âmbito das opções individuais. Uma vez que o Estado não pode estabelecer pelo sistema criminal pautas de comportamento moral e impor condutas morais ao cidadão, ou seja, no âmbito da criminalização não pode haver essa confusão entre o direito e a moral. Nesse sentido, salienta Salo de Carvalho que um dos grandes fundamentos da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas reside nessa questão:

O Direito Penal não tem legitimidade de intervir nas opções pessoais, bem como não pode impor padrões de comportamentos morais que intensificam o desrespeito à diversidade e ao pluralismo. É indiscutível que a criminalização da posse de drogas para consumo próprio demonstra uma tendência moralizadora/padronizadora das vias penais que não se coaduna com os direitos e garantias individuais. Em razão destas garantias constitucionais do direito à intimidade e à vida privada os indivíduos possuem plena liberdade sobre seus atos e escolhas pessoais, desde que não invadam ou prejudiquem bens jurídicos alheios. (CARVALHO, 2016, p.374).

A conclusão a que se chega é que, no tocante à criminalização do porte de drogas para consumo próprio, a violação do direito à privacidade ocorre na medida em que o legislador interfere, em termos penais, na vida pessoal do usuário, sem que ele esteja interferindo na subjetividade de terceiros, baseando-se exclusivamente em critérios morais.

5.3.7 Princípio da Intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima tem como premissa básica o fato de que o Direito Penal é a última de todas as medidas protetoras a se considerar, ou seja, sua intervenção apenas se justifica quando os demais meios de solução social falharem. Essa limitação possui como fundamento a característica do Direito Penal de ser um instrumento que possibilita as mais duras de todas as intromissões estatais à liberdade do indivíduo. Como bem observa Roxin (*apud* Batista, 2007, p.84), o Direito Penal é o ramo do Direito que representa a "intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado", é necessário, pois, impor a ele limites de incidência.

A própria Lei 11.343/2006, em seu artigo 20 e seguintes, traz diversas alternativas que expressam a política de “redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas”.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes: [...]

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde; [...]

O princípio em teia permite concluir que a manutenção do porte de drogas para consumo pessoal como tipo penal viola gravemente a Intervenção Mínima. Uma vez que, em se tratando de uma conduta que não lesiona, na prática, bem jurídico alheio e que não se traduz em ação assaz gravosa para terceiro ou para a coletividade, mostra-se possível que sejam utilizados outros ramos do direito para reger a matéria de modo satisfatório.

5.3.8 Princípio da Lesividade

O Estado Democrático de Direito é aquele que fundamenta seus atos em motivos que justificam sua intervenção na vida dos particulares governados por ele, sendo seu dever prezar pelo bem-estar dos indivíduos e da comunidade. O respeito aos limites constitucionais é o que o diferencia do Estado-Polícia, onde os cidadãos são somente submetidos ao Direito, mas não são sujeitos dele.

Nesse sentido, encontra-se o princípio da lesividade, o qual surge com base na ideia de que ninguém pode ser punido por praticar mal a si mesmo. De forma que a criminalização de qualquer ação ou omissão deve estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, porquanto apenas essas condutas podem ser consideradas criminosas e legitimadoras da atuação do *jus puniendi* estatal. Nesse contexto, pontifica Alice Bianchini:

Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem – estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais [...]. Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente [ao alheio] (BIANCHINI, 2002,p.33)

Em virtude desse princípio algumas condutas não são apenadas pelo Direito Sancionador, visto que não saem da esfera de disponibilidade do próprio agente, ofendendo, assim, exclusivamente os seus próprios bens jurídicos. É o que ocorre, por exemplo, com a tentativa de suicídio que não é punida. Nilo Batista (2007), inclusive, apresenta quatro funções para o princípio da lesividade. Entretanto, para a análise aqui suscitada, cabe destacar apenas duas delas: (1) "proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor" (BATISTA, 2007, p. 92) e (2) "proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico" (BATISTA, 2007, p. 92 e 94)

Sob este aspecto, compreende-se que o Estado não está autorizado a invadir a vida privada ou mesmo intervir quanto a essas condutas, pois, o indivíduo tem direito a fazer o que deseja desde que não afete direitos de terceiros. A imposição de trato criminal aos dependentes representa inútil crueldade e causa desproporcionalidade entre a conduta e a punição, que não afeta a esfera jurídica de terceiros.

5.3.9 Princípio da Insignificância

Compreende-se que há divergências na doutrina com relação a origem do princípio da insignificância, que a maioria relaciona ao Direito Romano, no qual vigorava a máxima do brocardo “*minima non curat praetor*” que de acordo com Silva (2004) o pretor se esquivava de causas e delitos de bagatela, já segundo Lopes (2000) sua origem não pode ser atribuída ao Direito romano, pela falta de especificidade, vez que sua utilização visava justificar a ausência de providências do pretor com o uso majorado no direito civil e reduzido na esfera penal.

Em sua concepção Lopes (2000), atribui o princípio da insignificância ao pensamento liberal dos jusfilósofos do Iluminismo, associando-o ainda a evolução e o desdobramento do princípio da legalidade, sendo este pensamento corroborado por Ivan Silva: “sua origem não pode ser romana, pois seu significado coaduna-se melhor com o raciocínio jurídico dos juristas humanistas que lutavam contra o absolutismo e severidade da lei penal”(SILVA, 2004, p. 92).

Assim, Santos (2016) e Lopes (2000) atribuem o Princípio da insignificância a Europa pós guerras mundial e a Claus Roxin como pai desta ideia e seu primeiro formulador e que o mencionou enquanto princípio aplicado ao direito penal, o que permitiria a exclusão de casos com pouca relevância quanto aos danos gerados. Compreende-se que o uso dos termos insignificância ou bagatela associa o princípio a classificação das lesões como significativas ou não, cabendo assim, considerar a intervenção do *jus puniendi* estatal, apenas quando houverem lesões capazes de legitimarem a intervenção judicial penal, em virtude da exclusão da tipicidade.

Para Brito (2014, p. 1), “o princípio da insignificância tem, como escopo, afastar a repressão e o jus puniendi, advenientes da aplicação da norma penal, no que tange às condutas, cujo dano e a lesividade concretas sejam ínfimas”, deste modo, é possível compreender que sua aplicabilidade se relaciona diretamente aos princípios da intervenção mínima e da

fragmentariedade. Para Perissoli (2015) tal princípio é causa excludente da tipicidade penal, considerando a mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, visa prevenir maior sobrecarga e morosidade que o Direito Penal já enfrenta.

No que tange à aplicação desse princípio ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, ainda se encontra bastante resistência por parte de alguns julgadores. Contudo, já existem julgados, entendendo pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse para consumo próprio, em razão da quantidade ínfima de substância entorpecente”, resultando em atipicidade material. Como exemplo, segue ementa de decisão unânime da 1ª Turma da Suprema Corte, em sede de Habeas Corpus (HC 110.475/SC), de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012, impetrado em favor do réu que estava em posse de 0,6g de maconha:

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 se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor -por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes -não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida (STF. HC 110.475/SC. Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma. j. 14.02.2012.)

Denota-se que a aplicação do princípio da bagatela nos casos de porte de drogas para consumo próprio, em quantidades reduzidas, representa a importância de entender que o Direito Penal não deve se ocupar de lesões inexpressivas ou inexistentes ao bem jurídico tutelado nesse caso, qual seja, a saúde/incolumidade pública.

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Compreender as principais características que são observadas pelo aplicador do direito para o reconhecimento e aplicação do Princípio da insignificância conforme a jurisprudência brasileira frente ao art. 28 da Lei de Drogas.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Compreender os limites do Direito Penal e o Princípio da insignificância ou bagatela e demais princípios constitucionais e como estes são afetados pelo art. 28 da Lei de Drogas;
- Realizar uma análise jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da insignificância na Lei Anti Drogas do Brasil;
- Discutir a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio.

7 METODOLOGIA

A metodologia a ser empregada é qualitativa a partir do levantamento bibliográfico com ênfase em produções (doutrinas, jurisprudências, manuais, artigos científicos e sítios eletrônicos) nos campos da criminologia, do direito penal e do direito constitucional.

A pesquisa qualitativa preocupa-se com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação das dinâmicas das relações sociais, segundo Moreira (2002).

O autor aponta ainda que a pesquisa qualitativa inclui:

1) A interpretação como foco. Nesse sentido, há um interesse em interpretar a situação em estudo sob o olhar dos próprios participantes;

2) A subjetividade é enfatizada. Assim, o foco de interesse é a perspectiva dos informantes;

3) A flexibilidade na condução do estudo. Não há uma definição a priori das situações;

4) O interesse é no processo e não no resultado. Segue-se uma orientação que objetiva entender a situação em análise;

5) O contexto como intimamente ligado ao comportamento das pessoas na formação da experiência; e o reconhecimento de que há uma influência da pesquisa sobre a situação, admitindo-se que o pesquisador também sofre influência da situação de pesquisa.

8 CRONOGRAMA

Ações/etapas	Trimestre (mês/ano)			
	1º	2º	3º	4º
Definição do tema e coleta de fontes bibliográficas	03/2021			
Elaboração do projeto		04/2021		
Entrega do projeto final ao orientador e defesa		05/2021		
Reformulação do projeto e entrega à coordenação		05/2021		
Levantamento bibliográfico em função do tema/problema			08/2021	
Discussão teórica em função da determinação dos objetivos			09/2021	
Análise e discussão dos dados				10/2021
Elaboração das considerações finais				10/2021
Revisão ortográfica e formatação do TCC				10/2021
Entrega das vias para a correção da banca				11/2021
Arguição e defesa da pesquisa				11/2021
Correções finais e entrega à coordenação				11/2021

9 ORÇAMENTO

Descrição do material	Un.	Qtde.	Valor (R\$)	
			Unitário	Total
Correção e formatação	un	20	5,00	100,00
Caneta esferográfica	un	2	1,00	2,00
Total				173,00
Fonte financiadora: recursos próprios.				

REFERÊNCIAS

- BIBLIOMED. *Os efeitos do abuso de drogas ilícitas na saúde*. (2014). Disponível em: <<http://www.boasaude.com.br/artigos-de-saude/4724/-1/os-efeitos-do-abuso-de-drogas-ilicitas-na-saude.html>>. Acesso em mai. 2021.
- BICUDO, Tatiana Viggianni. *Por que punir? Teoria geral da pena*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 mar 2021.
- BRITO, Thomás. *O princípio da insignificância e a reiteração de práticas delitivas*. 2014. Disponível em: https://thomasbrito.jusbrasil.com.br/artigos/147239567/o-principio-da-insignificancia-e-a-reiteracao-de-praticas-delitivas?ref=topic_feed . Acesso em: 24 mai. 2021.
- CARVALHO, Marcus J. M. de. *Liberdade - rotinas e rupturas do escravismo no Recife (1822 - 1850)*. UFPE (Universidade Federal de Pernambuco): Recife, 2016.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – 8. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016*.
- DAVICO, Luana Vaz. *Os princípios penais constitucionais: Análise descomplicada*. Disponível em: <<https://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. Acesso em 24 mai. 2021.
- DURÃES, MARCEL. Princípios Constitucionais. Disponível em: <<https://marcelduraes.jusbrasil.com.br/artigos/189323010/principios-constitucionais>>. Acesso em 20 mai. 2021.
- GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T.P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- KARAM, Mª Lúcia. *Legalização das drogas*. 1. Ed. – São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.
- KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. Texto publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 14, nº 167, outubro 2006, São Paulo-SP. Disponível em: <http://atividadedamente.blogspot.com/2009/08/lei-1134306-e-os-repetidos-danos-do.html>. Acesso em: 11 mai. 2021.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES, Mauricio Antonio 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. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MARCÃO, Renato Flávio. *Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas: anotada e interpretada*, 10ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

PERISSOLI, Diogo de Oliveira. Análise detalhada do princípio da insignificância. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 141, out 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16481&revista_caderno=3>. Acesso em 24 mai. 2021.

RIBEIRO, M. M. *Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais*, 2012. Tese Doutorado em Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032013-141828/publico/TESE_MAURIDES__DE_MELO_RIBEIRO_VERSAO_RESUMIDA.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2021.

SANTOS, Alexandre César. *Princípio da insignificância no Direito Penal: conceito, natureza jurídica, origem e relações com outros princípios*. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50370/principio-da-insignificancia-no-direito-penal-conceito-natureza-juridica-origem-e-relacoes-com-outros-principios>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

SILVA, Ivan Luiz. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Ed Juruá, 2004.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 70.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.