

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
DANIEL FELIPE DA SILVA DE OLIVEIRA BARBOSA**

O PRINCÍPIO DE INSIGNIFICÂNCIA FRENTE À LEI DE DROGAS

**RUBIATABA/GO
2023**

DANIEL FELIPE DA SILVA DE OLIVEIRA BARBOSA

O PRINCÍPIO DE INSIGNIFICÂNCIA FRENTE À LEI DE DROGAS

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Edilson Rodrigues.

**RUBIATABA/GO
2023**

DANIEL FELIPE DA SILVA DE OLIVEIRA BARBOSA

O PRINCÍPIO DE INSIGNIFICÂNCIA FRENTE À LEI DE DROGAS

Monografia apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre em ciências ambientais Edilson Rodrigues.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

**Mestre Edilson Rodrigues
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Escreva a titulação e o nome completo do Examinador 1
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Escreva a titulação e o nome completo do Examinador 2
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

AGRADECIMENTOS

De início agradeço a minha querida mãe, por todas as oportunidades que me foram dadas, por ter encaminhado meus passos e ajudar-me a chegar onde cheguei, superar as batalhas que enfrentei, e estar concluindo o tão almejado curso superior de Direito.

A todo grupo de professores, que com sabedoria, me repassaram todo seu conhecimento. Com agradecimento especial a meu orientador Professor Mestre Edilson Rodrigues, pelo cuidado que teve comigo no decorrer da orientação da presente pesquisa.

E, finalmente, a todos meus familiares e colegas que estiveram ao meu lado ao longo dessa jornada.

EPIGRAFE

*Não há nada nobre em ser superior ao seu próximo;
a verdadeira nobreza é ser superior ao seu antigo
eu. (Ernest Hemingway)*

RESUMO

O presente trabalho tem como referência a Lei de drogas e o princípio da insignificância, onde analisa se há violação do princípio da insignificância quando devida a pequena quantidade de drogas, a autoridade competente tipifica o fato criminoso como crime de tráfico de drogas ao invés do crime de porte de droga para consumo próprio. O método utilizado na abordagem desse trabalho é o método hipotético dedutivo, onde faz uma análise dos conteúdos dos livros, doutrinas e jurisprudências formulando para tanto uma opinião particular. A estrutura deste trabalho compreende cinco capítulos, o primeiro capítulo vem a introdução, o segundo capítulo aborda acerca do Estado; tripartição dos poderes, onde faz também uma abordagem clara e sucinta sobre o crime dando ênfase ao crime referente a drogas. O terceiro capítulo trata sobre a lei das drogas; evolução histórica acerca do proibicionismo de drogas; do surgimento da lei 11.343 de 2006 e faz uma análise crítica sobre o artigo 28 da lei de drogas e o artigo 33 da mesma lei; já o quarto capítulo trata sobre o princípio da insignificância, trazendo conceituação, origem histórica e efeitos, bem como, acerca da aplicabilidade no caso do crime de porte de drogas para consumo próprio. Por fim, o ultimo capítulo sendo direcionado a conclusão, onde finaliza o desenvolvimento do trabalho.

Palavras-chave: Consumo próprio. Drogas. Princípio da insignificância. Tráfico

ABSTRACT

The present work has as reference the Law of drugs and the principle of insignificance, where it analyzes if there is a violation of the principle of insignificance when due to a small amount of drugs; the competent authority typifies the criminal fact as a crime of drug trafficking instead of the crime possession of drugs for personal use. The method used in approaching this work is the deductive hypothetical method, where it makes an analysis of the contents of books, doctrines and jurisprudence formulating a particular opinion. The structure of this work comprises five chapters, the first chapter introduces, the second chapter deals with the State; tripartition of powers, which also makes a clear and succinct approach to crime, emphasizing crime related to drugs. The third chapter deals with the drug law; historical evolution about drug prohibitionism; the emergence of law 11,343 of 2006 and makes a critical analysis of article 28 of the drug law and article 33 of the same law; The fourth chapter deals with the principle of insignificance, bringing conceptualization, historical origin and effects, as well as its applicability in the case of the crime of possession of drugs for personal consumption. Finally, the last chapter is directed to the conclusion, where the development of the work ends.

Keywords: Own consumption. Drugs. Principle of insignificance. Traffic.

Traduzido por: Caroline Rodrigues de Lima, Licenciada em Letras: Português/Inglês, pela Universidade Estadual de Goiás.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
Nº	Número

LISTA DE SÍMBOLOS

§ Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2 DO ESTADO	14
2.1 Conceito	14
2.2 Tripartição dos poderes	15
2.2.1 Poder legislativo	16
2.2.2 Poder executivo	19
2.2.3 Poder judiciário	22
2.3 Da responsabilidade do Estado	28
3 DOS CRIMES	30
3.1 Conceituação	30
3.2 Diretrizes sobre o crime referente as drogas	32
3.3 Da legislação brasileira acerca das drogas	33
3.3.1 Da lei 11.343 de 2006 (lei de drogas)	34
3.3.2 Do artigo 28 da lei de drogas	34
3.3.3 Do artigo 33 da lei de drogas	35
4 PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA	38
4.1 Conceituação	38
4.2 Aplicabilidade do principio de insignificancia no caso de crime de porte de drogas para consumo proprio	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema: O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA FRENTE À LEI DE DROGAS. Com a objetividade de melhor compreensão acerca da temática é imprescindível fazer menção acerca do Estado, haja vista, ser ele o responsável para a aplicabilidade da lei ao caso concreto.

De acordo com a Constituição Federal de 1988 as funções do Estado são exercidas através de três Poderes distintos, mas que são independentes, sendo eles: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Tais poderes devem funcionar de forma harmônica, de modo que se complementam, mas sempre mantendo um limite em suas ações, ou seja, um controlando o outro.

Na organização do Estado, cada um dos três Poderes possui competências e prerrogativas definidas na Constituição. O Executivo, por sua vez, com sua função de executar leis; o Legislativo com a função de criar leis, e o Judiciário com a função típica de julgar. Ou seja o Estado é uma instituição onde possui o seu território definido, possuindo uma Constituição escrita que é dirigida por um governo que possui soberania, através do mesmo há a preservação e a manutenção do bem estar do povo, onde por sua vez irá utilizar do instrumento Lei para manter a harmonia e o equilíbrio social, fazendo com que haja uma limitação na conduta humana, e quando há uma violação dessa conduta, surge consigo um fato delituoso, que conseqüentemente gerará a imposição de uma sanção penal.

É através disso que surge o Direito Penal, com a objetividade de proteger os inúmeros valores presentes na sociedade, também denominado, como bens jurídicos penais, fazendo um destaque a: Vida, liberdade, honra, Integridade física e afins. E é justamente através disso, que se faz necessário analisar acerca da chamada Lei de Drogas.

A Lei de Drogas por sua vez surgiu no ano de 2006 trazendo consigo mudanças diversas, a mesma veio com a objetividade de combater a crescente onda de crimes que decorriam do tráfico, bem como, do consumo das drogas. Dessa forma, trouxe inúmeros dispositivos com a finalidade de punir de maneira mais rígida o traficante, além de aplicar uma pena coercitiva ao usuário.

É imprescindível a compressão de que a doutrina majorada institui que os crimes previstos na lei de drogas, são por sua vez caracterizados como crimes de perigo abstrato, em razão disso, que independentemente da quantidade de drogas, o

agente que for apreendido com os ilícitos será punido, não sendo utilizado como parâmetro se o bem jurídico tutelado foi atingido ou não. Porém, é necessário fazer menção de que há alguns posicionamentos que são contrários a essa posição, abrindo a possibilidade de obter aplicabilidade do princípio de insignificância nos casos em que a quantidade de drogas é consideravelmente mínima.

Através disso o problema de pesquisa é: o princípio da insignificância é violado quando tipificada pequenas quantidades de drogas em posse do usuário como sendo crime de tráfico de drogas?

Como hipóteses para a resposta da problemática, duas são as possibilidades: a primeira, seria uma resposta positiva, afirmando que há uma violação ao princípio da insignificância quando tipificada pequenas quantidades de drogas em posse do usuário como sendo crime de tráfico de drogas; a segunda hipótese seria negativa, apontando que não haveria violação ao princípio da insignificância quando tipificada pequenas quantidades de drogas em posse do usuário como sendo crime de tráfico de drogas

A pesquisa tem como objetivo geral investigar se o princípio da insignificância é violado no que tange as diretrizes da lei de drogas, já especificadamente busca: analisar o conceito de Estado bem como o de sociedade; compreender o conceito de crimes; investigar o conceito de drogas ilícitas; analisar o princípio da insignificância e bem como a Lei de drogas.

O método para a abordagem será o método hipotético dedutivo, onde por sua vez irá fazer uma breve análise dos conteúdos dos livros, doutrinas e jurisprudências formulando para tanto uma opinião particular, com a objetividade de obter um resultado mais completo e característico imprimindo uma visão crítica ao assunto.

A justificativa dessa pesquisa se deu justamente porque atualmente vivemos em uma sociedade onde o índice de crimes é consideravelmente alto, dentre os inúmeros crimes existentes, se faz presente o crime de Drogas, tendo como fundamento a criação da lei de drogas que possui mecanismos diversos com a objetividade de penalizar os infratores, há algo que motivou o desenvolvimento da pesquisa, que é acerca do princípio da insignificância e sua aplicabilidade na lei de drogas.

É imprescindível a compreensão de que há posicionamentos que aduzem que não deveria obter a aplicação desse princípio nos casos previstos nessa Lei, porém há outros posicionamentos que se mostram favorável.

Nota-se que a relevância social do estudo deste tema reside no fato de este assunto ainda manter a sociedade dividida e ainda porque essa divergência sobre a aplicação do princípio da insignificância vai além do senso comum, partindo desse ponto de vista é que surgiu a necessidade de abordar sobre a temática para compreender se realmente deve falar em violação do princípio de insignificância nos casos em que ao invés de aplicar a pena do artigo 28 as autoridades competentes aplicam a do artigo 33. Pois caso a resposta for positivada há a necessidade de implantação de políticas públicas para solucionar tal óbice.

A estrutura deste trabalho compreende quatro capítulos, o primeiro capítulo vem a introdução, o segundo capítulo aborda acerca do Estado, fazendo uma abrangência sobre a tripartição dos poderes, e a atuação do Estado nos casos em que há o cometimento de um crime.

O terceiro capítulo trata sobre conceito de crimes, tipos de crimes e sobre o crime de droga, onde posteriormente aduz sobre a legislação brasileira no que tange as drogas; aduzindo sobre o surgimento da lei 11.343 de 2006 (lei de drogas) e faz uma análise crítica sobre o artigo 28 da lei de drogas e o artigo 33 da mesma lei;

Já o quarto capítulo trata sobre o princípio da insignificância, trazendo conceituação, origem histórica e efeitos, bem como, acerca da aplicabilidade no caso do crime de porte de drogas para consumo próprio. Por fim, a conclusão, onde finalizara o desenvolvimento do trabalho.

2. ESTADO

Falar de Estado é ter em mente um ente que atua de forma clara e precisa com a objetividade de organizar uma sociedade. O mesmo visa servir, intermediar e atender todas as demandas de uma população. Em razão disso que será abordado nesse capítulo acerca dessa temática, pois o mesmo além de ser o alicerce de um bom desenvolvimento social também é importante para regular e normalizar os conflitos existentes no país.

2.1 Conceito

Inicialmente convém salientar acerca de Estado, Meirelles (2016) aduz que Estado é um ente personalizado, ou seja, é um ente que é dotado de personalidade jurídica, a qual possui permissão para que atua na esfera do Direito Público ou no do Direito Privado mantendo tal personalidade. "Esse é o Estado de Direito, ou seja, juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis" (MEIRELLES, 2016, p. 64).

Nota-se portando que o Estado é movido mediante poderes, são os poderes que integram a organização política do mesmo, onde no Brasil, foi adotada a teoria de tripartição de poderes, teoria essa de Montesquieu, com a objetividade de organizar um Estado foi que Montesquieu percebeu que haveria a necessidade de obter a divisão dos poderes, isso serviria para manter a passividade dos conflitos e impedir de um grupo político se imponha sobre um outro.

E é justamente a divisão de poderes que traz uma democracia, pois não há democracia sem divisão dos poderes. Montesquieu percebeu que deveria existir a divisão dos Poderes, pois na sua época o Judiciário pertencia ao poder Executivo e trouxe essa novidade dizendo que os poderes são equivalentes entre si. Assim aduzia:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder e julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo seria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as revoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1998).

Em outras palavras Montesquieu aduz que é praticamente impossível obter uma boa organização estatal se não obtiver a separação dos poderes, ou seja, o Legislativo obter uma função, o executivo obter outra e o Judiciário da mesma forma, mas mantendo uma harmonia entre si.

Montesquieu passa a analisar as formas de divisão de poderes, diferenciando as funções estatais, onde aduzia que a função legislativa deveria ser exercida por um colegiado, onde a representação do povo deveria se fazer presente, pois lá obteria seus representantes. (MONTESQUIEU, 1979, p.150).

Na mesma linha o autor aduzia que o poder executivo deveria permanecer nas mãos de um monarca, pois, a administração seria mais bem feita se estivesse nas mãos de um só, exercendo, portanto, a lei já existente, e o poder judiciário de julgar. (MONTESQUIEU, 1979, p.151)

Com a objetividade de compreender melhor sobre a tripartição de poderes, é que a seguir será aduzido sobre a temática, onde instituía de forma clara acerca do poder judiciário, legislativo e executivo.

2.2 Tripartição dos poderes

Pedro Lenza (2012) aduz sobre a tripartição de poderes, dando ênfase aos pensamentos dos filósofos Montesquieu e Aristóteles:

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto. (Administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (LENZA, 2012, p. 481-482).

Pelo exposto, aduz que a tripartição de poderes estão presentes desde a antiguidade, onde há um ente, o chamado Estado onde seu poder de soberania é atuado mediante três funções, sendo a função de legislar, executar e julgar.

2.2.1 Poder legislativo

O poder legislativo é um dos pilares da democracia moderna, e o povo é seu titular, exercido por meio dos membros do Congresso, aos quais compete promulgar as leis que regem a vida do país e da sociedade, e exercer legalmente esse direito de representação por meio do voto. Portanto, os parlamentares atuam em nome do povo, elaboram leis que atendam às preocupações sociais e elaboram um conjunto de normas que visam o interesse público.

Conforme aduz Moraes, o constituinte originário designou atribuições e funções a todos os poderes, porém, não foi afirmado que tais seriam exclusivas de cada poder. Desta forma, cada poder exerce sua função típica, em um grau maior, mas também exerce outras funções, sendo essas consideradas atípicas, funções essas instituídas na Constituição Federal de 1988. (MORAES, 2007).

Segundo Motta, as funções típicas do Poder Legislativo são as funções legislativa e fiscalizatória. A função legislativa por sua vez é a responsável pela criação de leis, ou seja, de atos gerais e abstratos, que possuem a capacidade criar direitos e apresentar inovações na ordem jurídica, conforme prevê nos artigos 59 a 69 da CF/88.

Já no que tange a função fiscalizatória tem como principal objetivo controlar os demais Poderes, em especial o Poder Executivo, sendo disciplinada no decorrer da Constituição. No que tange às funções atípicas exercidas pelo Poder Legislativo, Alexandre de Moraes aduz:

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade (MORAES, 2007 p. 391).

Ou seja, as funções atípicas possuem como meio a administração que consiste em organizar, bem como, obter provimento de cargos e promoções de servidores, elas também possuem a função de julgar.

Conforme aduz Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 346), no Brasil, o Poder Legislativo possui o sistema bicameral, onde o Congresso Nacional é formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, conforme aduz no artigo 44 da CF/88: “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos”. (BRASIL, 1988).

Assim como aduz Bastos, a Câmara dos Deputados é formada através de representantes do povo, que são por sua vez eleitos pelos Estados, Distrito Federal e Territórios, eleitos de forma proporcional conforme o número de população de cada estado.

Por sua vez, o Senado Federal é formado pelos Senadores, pelo qual possuem um mandato de 8 (oito) anos, onde cada respectivo estado elege 3 (três) senadores, tendo cada senador 2 (dois) suplentes. Ainda ocorrerá a renovação do mandato de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos, de forma alternada, por um e dois terços (1997, p. 346).

Como já instituído, o Poder Legislativo exerce funções típicas, bem como, funções atípicas, onde tais funções podem configurar como freios e contrapesos em relação aos demais Poderes, conforme abordado a seguir.

Em primeiro lugar, como disse Camargo, podemos nos referir às funções do Poder Legislativo previstas no art. 51, art. V e art. 52, art. XIV, da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 89, II e V da Carta Magna, prevendo a participação do poder legislativo nas referidas comissões. Essa função fornece controles e verificações e contrapesos sobre as funções típicas do poder executivo (2017, p. 69).

O Conselho da República é o órgão de assessoramento superior do Presidente da República, nos termos do artigo 89 da CF/88, composto por autoridades públicas, membros da Assembleia Nacional e 6 cidadãos brasileiros natos que serão eleitos pelo Congresso como dito anteriormente (OLIVEIRA, 2007, p. 91)

Conforme institui o artigo 90 da Constituição Federal de 1988, é competência do Conselho da República sobre a obtenção de manifestação no que tange a intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio, bem como, sobre questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas, assuntos esses típicos do governo. (BRASIL, CRFB, 2020)

Desse modo, a participação do Poder Legislativo na composição desses Conselhos Constitucionais, que possuem atribuições do Poder Executivo (declarar o estado de sítio e a intervenção federal é competência privativa do Chefe do Poder Executivo, por força do art. 84, IC, da CF/1988), caracteriza mecanismo de contrapeso, já que possibilita a participação do Poder Legislativo na formação da decisão de competência exclusiva do Poder Executivo (CAMARGO, 2017, p. 69).

Além disso, ainda há o Conselho de Defesa Nacional, pelo qual é composto pelo Vice-Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Ministros da Justiça, de Estado e de Defesa, das Relações Exteriores e do Planejamento e, ainda, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, conforme prevê o artigo 91 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo diapasão Oliveira (2007, p. 91) aduz que é de competência do Conselho de Defesa Nacional dar a sua opinião sobre assuntos que enfatizam acerca da defesa do território nacional, principalmente nas áreas das fronteiras, e na decretação de Estado de Defesa ou Sítio e Intervenção Federal.

Aduz Camargo (2017, p. 71) que, mesmo as atribuições acima citadas sendo de competência do Presidente da República, as mesmas não podem ser exercidas sem a prévia consulta do Poder Legislativo. Além disso, Camargo (2017, p. 70) aduz que o Poder Legislativo exerce controle sobre o Poder Executivo em relação a sua função típica no que se refere aos tratados, acordos ou atos internacionais, instituindo que tal controle consiste em um freio ao Poder Executivo. Assim diz:

Parece indispensável mencionar, ao tratar-se de controle de funções típicas do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, a atribuição outorgada a este último de resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacionais, bem como autorizar a ausência do Presidente e do Vice Presidente do país, quando esta ultrapassar 15 (quinze) dias (art. 4, I e III). Nota-se que nesses casos, o Poder Legislativo exerce freios, já que as ações a serem praticadas por ele são capazes de neutralizar as decisões do Poder Executivo. (CAMARGO, 2017, p. 70)

Além disso, o artigo 49, V, da Constituição Federal de 1988 aduz sobre a possibilidade de o Poder Legislativo exercer mais uma forma de controle em relação ao Poder Executivo, pois afirma que o Poder Legislativo poderá “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 1988).

Motta aduz que “trata-se de um mecanismo especial instituído pela Constituição para conter eventuais excessos normativos do Presidente da República na edição de decretos executivos ou de leis delegadas, em desrespeito à competência do Congresso Nacional”. (Motta 2019, p. 580). Na mesma linha Souza institui:

A Constituição concedeu ao Congresso a prerrogativa de sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder de regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Nota-se, aqui, um concreto caso de aplicação do sistema de freios e contrapesos em que o Poder que possui a faculdade de exorbitar seus poderes, sendo devidamente fiscalizado por outro, podendo, em virtude dessa fiscalização, o ato praticado fora da legalidade por um dos poderes ser vetado por outro (SOUZA, 2008, p. 32)

Camargo aduz que essa prerrogativa do Congresso Nacional é um freio em relação ao poder de regulamentação exercido tipicamente pelo Poder Executivo, diz:

Não se pode deixar de aludir à prerrogativa de que goza o Congresso Nacional de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V da CF/1988), assim entendido aquele poder de que dispõe o Executivo de regulamentar leis para sua fiel execução. Tal prerrogativa configura daqueles conceitos já explicitados, mecanismo de freio (CAMARGO, 2017, p. 71).

Como é sabido o poder legislativo é de extrema valia para manter a ordem do nosso país, haja vista, o poder de legislar contribuir com o controle de direitos que todos possuem, o mesmo atua de forma típica e atípica, criando e fiscalizando de forma intensificada as leis do nosso país, atuando juntamente com o poder judiciário e executivo. E para uma melhor compreensão acerca da temática a seguir aduzira sobre o poder executivo.

2.2.2 Poder executivo

O Poder Executivo por sua vez possui a função de executar as leis já existentes, bem como, possui a função de programar novas legislações conforme as necessidades do Estado e do povo (MEDEIROS, 2023). Porém, caso obter algum tipo de impedimento do titular, a vacância do cargo será automaticamente ocupada pelo vice. Na falta deste, a Constituição Federal de 1988 aduz que está apto a ocupar o cargo de governador o presidente do Legislativo e do Judiciário.

É imprescindível a compreensão de que mesmo obtendo como conceituação central o Poder Executivo como aquele que executa as leis elaboradas pelo Poder

Legislativo, não há impedimento de que o presidente da República possa iniciar o processo legislativo.

A Constituição Federal de 1988, vem permitindo que ele, adote medidas provisórias nos casos, em que há uma grande relevância e urgência, proponha emendas à Constituição, projetos de leis complementares e ordinárias ou, ainda, leis delegadas.

No mesmo diapasão também lhe dar o direito de rejeitar, bem como, sancionar determinadas matérias que já foram aprovadas pelo poder Legislativo. Além, de exercer todas essas atividades já citadas anteriormente, o Poder Executivo tem como responsabilidade administrar os interesses públicos, cumprindo as ordenações legais e a Constituição.

Segundo Bastos (1997, p. 367), Montesquieu distinguia as funções do poder executivo como "fazer a paz ou a guerra, enviar e receber embaixadores, estabelecer segurança e impedir invasões".

Atualmente, o sistema de governo brasileiro, adotado por força da Constituição Federal de 1988 e amparado pelo artigo 2º do ADCT, exerce grande influência norte. O sistema pressupõe que as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo estarão concentradas em uma pessoa, o Presidente da República (LENZA, 2015, p. 775). Nesse mesmo diapasão Moraes, aduz:

A Chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros de Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo (MORAES, 2020, p. 571).

Ou seja, o autor aduz que o poder executivo é chefiado pelo presidente da República, onde por sua vez é auxiliado pelos Ministros de Estado.

É imprescindível a compressão de que a Constituição Federal descreve sobre o Poder Executivo nos artigos 76 a 91. Especificadamente no artigo 76, onde estabelece que, quando tratarmos de esfera federal, esse poder será exercido pelo Presidente da República, com a ajuda dos Ministros de Estado, onde possuirá um mandato de 4 anos (GOUVEIA; AMARAL, 2008, p. 5). O mesmo ator continua seu posicionamento a seguir, onde diz:

A partir dos artigos 76 a 91 da Constituição Federal, fica patente que a função típica do Poder Executivo é a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Assim, a função tradicional do Poder Executivo é a administração do Estado em consonância com as leis aprovadas pelo Poder Legislativo (GOUVEIA; AMARAL, 2008, p. 6)

Nota-se, portanto, que as competências privativas do Presidente da República estão instituídas no artigo 84 da Constituição Federal. Institui-se, as competências que possuem natureza de chefe de Estado, onde o Presidente representa a República Federativa do Brasil nas relações internacionais e, de maneira interna, nos casos dos incisos VII, VIII, e XIX do referido artigo 84, representando dessa maneira a unidade do Estado brasileiro.

O mesmo artigo aduz, ainda, acerca das competências privativas de natureza de chefe de Governo, sendo elas a prática de atos de administração e de natureza política, que estão elencadas nos incisos de I a VI; IX a XVII e XX a XXVII do mesmo dispositivo legal (LENZA, 2015 p. 778).

Com tão amplas atribuições, que repetiram regra clássica do constitucionalismo brasileiro de concentração de poder pessoal do Presidente, houve necessidade do legislador constituinte em garantir a imparcial e livre atuação, balizada por óbvio, pelos princípios constitucionais e pela legalidade, do Chefe do Poder Executivo, a fim de manter-se a independência e harmonia dos Poderes da República, fixando-se prerrogativas e imunidades para o Presidente da República (MORAES, 2020, p. 517).

Sendo assim, mesmo que o princípio da separação dos poderes, afirme que, os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, exercem funções típicas e atípicas, não existindo por sua vez exclusividade absoluta no exercício de tais atos constitucionais (MORAES, 2020, p. 517).

Pode por sua vez citar, como função atípica exercida pelo Poder Executivo, a qual a sua participação no processo legislativo, onde há, a possibilidade de, inclusive alterar o seu resultado ao final do processo (CAMARGO, 2017, p. 54).

Dado o feito tem-se o mecanismo do veto, instituído no artigo 66 da Constituição Cidadã. Segundo Maldonado: “a previsão constitucional da possibilidade do VETO do Poder Executivo à elaboração legislativa é exemplo mais difundido de forma de controle da atividade típica do Poder Legislativo por parte Executivo” (MALDONADO 2003, p. 19),

O artigo 61, § 1º da Constituição Federal de 1988, aduz acerca das leis que são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, assim sendo:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (BRASIL, 1988).

Nota-se, portanto, que o artigo supracitado deixa claro as leis que são de iniciativa privativa do presidente da República, ou seja, somente ele poderá criar leis sobre essas matérias.

Para Moraes, a participação do Poder Executivo, no processo legislativo, por meio do veto, da sanção e, ainda, da iniciativa, justifica-se pela obtenção de relação entre os Poderes, bem como, tais atos possuem o objetivo de realizar controle recíproco entre os Poderes da República (MORAES, 2020 p. 718). A seguir aduzira sobre o poder judiciário.

2.2.3 Poder judiciário

O Poder Judiciário é por sua vez o poder que tem suas funções atribuídas pelos juízes, onde possui a capacidade e a prerrogativa de julgar, conforme as regras constitucionais instituídas no país. Nessa linha aduz o autor Falcão:

A tripartição dos poderes - Legislativos Executivos e Judiciários - constitui, sem dúvida, um admirável postulado de ciência política". Distintos e autônomos, guardando cada um a competência traçada pela Constituição, não se situam, porém, como estranhos entre si, eis que deve haver entre eles, em última análise, uma elevada coexistência e interdependência. O fortalecimento desse vínculo tornasse necessário ao exercício das funções e à consecução dos fins do Estado. Não ignoramos, são óbvias, as dificuldades que na prática se antepõem. Por isso mesmo é que devemos procurar alcançar, com equilíbrio e tenacidade, o sentido finalístico desse princípio maior. Para que a Nação possa desfrutar perene e justa tranquilidade é necessária saber entender e harmonizar o poder com o direito. Aliás, na Carta Política do Império (art. 9)³¹ já se delineava a boa doutrina da limitação do exercício da autoridade, da autolimitação dos poderes do Estado. Ao Poder Judiciário é conferida a palavra final no que toca à distribuição da justiça pela realização do direito. (FALCÃO, 1988).

O poder Judiciário, assim como os poderes legislativo e executivo, convivem com matérias de competência exclusiva. A principal função do judiciário é defender os direitos de cada cidadão, fazer justiça e resolver os prováveis conflitos que possam surgir na sociedade por meio de investigações, apurações, julgamentos e punições.

O poder Judiciário é regulamentado pela Constituição Federal de 1988, sendo instituído nos artigos 92 a 126. Sendo, portanto, composto por diversos órgãos, tendo como ápice o Supremo Tribunal Federal (STF) onde a principal função do STF é zelar pelo cumprimento da Constituição, a seguir temos o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que é responsável pela interpretação uniforme da legislação federal.

É importante mencionar que a função jurisdicional, como alerta Bastos, não se dá de ofício, ocorrendo sempre nos casos em que há descumprimento da lei ou erro em sua interpretação (1997, p. 375), assim aduz;

À função jurisdicional cabe este importante papel de fazer vale o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez em que seu cumprimento não se dê sem resistência. Ao próprio particular (ou até mesmo as pessoas jurídicas de direito público), o Estado subtrai a faculdade de exercício de seus direitos pelas próprias mãos (BASTOS, 1997, p. 375).

Essa função jurisdicional, supracitada é exercida pelo Poder Judiciário e encontra-se prevista nos artigos 96 a 126 da Constituição Federal de 1988. O Judiciário, exercendo sua função jurisdicional, poderá resolver conflitos bem como dizer o direito em caso reais e concretos (GOUVEIA; AMARAL, 2008, p. 19). Alexandre de Moraes acrescenta que a função do Poder Judiciário não consiste em apenas administrar a Justiça, mas sim de guardar a Constituição. Institui:

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios (MORAES, 2020, p. 553).

Ou seja, o poder judiciário consiste em um poder autônomo e independente, haja vista, o mesmo não executar apenas a sua função típica, ele também é o guardião da Constituição Federal de 1988.

Conforme aduz Oliveira, a jurisdição possui algumas características como por exemplo a definitividade, que consiste no fato de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, após esgotadas todas as possibilidades de recursos, irão transitar em julgado. Ainda assim, a função jurisdicional deve ser provocada, tendo em vista que não ocorre de ofício, sendo assim, aquele que sentir que foi lesado deve dirigir-se ao Judiciário para que haja a resolução de seus conflitos (2007, p. 95).

Nessa mesma linha Gouveia e Amaral (2008, p. 19) aduzem ainda mais sobre algumas características à função jurisdicional, assim diz:

Assim, quando se menciona que a função típica do Poder Judiciário é julgar, deve-se ter em mente que nas situações que são remetidas para que ele o julgue, há as características principais da jurisdição (“dizer o direito”) ou princípios fundamentais do Poder Judiciário que são: Lide, Inércia, Imparcialidade, Devido Processo Legal e Definitividade (GOUVEIA E AMARAL, 2008).

Os autores aduzem que o Poder Judiciário possui certas garantias que objetivam a obtenção de garantias a sua independência, frente aos demais Poderes da República. A garantia prevista no artigo 96, I, “a” da Constituição Federal de 1988, institui que o Judiciário poderá criar seu próprio Regimento Interno.

Há também a chamada garantia orçamentária, que é a responsabilidade do Poder Judiciário acerca de seus atos da administração interna, pelo qual não se encontra subordinadas ao controle de outro Poder, onde fica a par do próprio Poder Judiciário criar suas propostas orçamentárias conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias (GOUVEIA; AMARAL, 2008, p. 21).

Conforme aduz Moraes, essas garantias são necessárias para que o Poder Judiciário possua sua independência e sua imparcialidade mantida, tendo em vista

ser preciso um órgão que seja independente para zelar pela Constituição e garantir a ordem governamental (MORAES 2020, p. 553), na mesma linha o autor indaga:

As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégio dos magistrados, mas sim como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência e autonomia do Judiciário (MORAES, 2020, p. 556)

Alexandre de Moraes adiciona a recomendação de Montesquieu no que tange a proteção das garantias concedidas ao Poder Judiciário, aduzindo:

Na proteção destas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental. Na defesa da necessária independência do Judiciário, Carl Schmitt afirma que a utilização da legislação pode ser facilmente direcionada para atingir os predicamentos da magistratura, afetando a independência do Poder Judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle judicial destes atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício deste Poder (MORAES, 2020, p. 553).

Para o livre exercício da democracia, para a continuidade do princípio da separação dos poderes e para o respeito aos direitos fundamentais, as garantias do poder judiciário devem ser asseguradas de modo que sua ausência impeça a função constitucional de exercício das atribuições do poder judiciário , permitindo que outros poderes do Estado exerçam pressão sobre a Liberdade, tornando mais difícil o controle da legitimidade do comportamento político do próprio Estado que acaba por atentar contra direitos individuais e coletivos. (MORAES, 2020, p. 556), assim aduz:

É importante ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade (MORAES, 2020, p. 556)

O artigo 92 da Constituição Federal de 1988 define quais órgãos formam o poder Judiciário. Portanto, é formado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelas justiças Estaduais e Territoriais e Federais, Justiça Eleitoral, Justiça Militar, Justiça do Trabalho e finalmente, com o advento da Segunda Emenda à constituição.

A lei nº 45, de 8 de dezembro de 2004, criou um órgão separado denominado Conselho Nacional de Justiça (SOUZA, 2008, p. 85).

Segundo Souza (2008, p. 87). Alguns afirmam que o controle externo do judiciário viola o princípio da separação de poderes; outros evocam a possibilidade de sua existência”.

O congresso Nacional de Justiça é composto, em sua maioria, por membros do poder judiciário, mas também por membros dos poderes legislativo e executivo, atuando como um mecanismo de freios e contrapesos, uma vez que é uma forma de controle do poder judiciário. Poder exercido por outros poderes, embora em menor escala (SOUZA, 2008, p. 87-88). Sousa também argumenta sobre o princípio da separação de poderes em relação ao CNJ, aduz:

Isto dizer que a Separação de Poderes ainda continua vigente, pois apenas recebeu uma mitigação. Fato semelhante ocorre com os demais Poderes. Por exemplo, tanto o Legislativo quanto o Executivo podem sofrer restrições advindas do Judiciário por intermédio do controle de constitucionalidade (SOUZA, 2008, p. 87).

Em outras palavras Sousa quer dizer que a separação dos poderes se faz presente, porém, há uma harmonia entre os poderes, podendo sofrer restrições um poder do outro.

O controle constitucional exercido pelo judiciário sobre os demais poderes da república constitui um formidável mecanismo de freio porque, como guardião da constituição, tem o poder e a prerrogativa de declarar leis ou atos que julgue inconstitucionais, ou mesmo dizer quais praticam o Poder Executivo obriga existe Falta de legalidade (CAMARGO, 2017, p. 94).

Segundo Souza, o judiciário exercerá o controle constitucional, que poderá ser reprimido de forma centralizada por meio da ação, ou de forma descentralizada por meio de exceções, sem declaração de inconstitucionalidade de ofício (2008, p. 88). O artigo 103 da Constituição Federal define atos constitucionais e inconstitucionais. Assim diz:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004). V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Segundo Camargo, tanto as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) quanto as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), são ajuizadas no STF e possuem natureza dual, sendo que a sentença procedente da ADC equivale à sentença improcedente da ADI, e vice-versa. Tais ações permitem ao judiciário contestar ações normativas impostas pelos poderes legislativo e executivo que violem diretamente a CF/88 (CAMARGO, 2017, p. 95).

Por outro lado, segundo o mesmo autor, considerando que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) permite que o poder Judiciário realize um controle maior comparado aquele realizado por ADI e ADC, ante seja questionado contra a própria constituição, uma vez que o controle aqui exercido é de descumprimento de normas fundamentais (CAMARGO, 2017, p. 95).

Camargo (2017, p. 96) também destaca a possibilidade de controle de omissões por meio de ação direta de inconstitucionalidade da omissão, por meio da qual o STF informaria a omissão, podendo ainda determinar o prazo em que a omissão resultaria. deve corrigi-lo.

Por último, mas não menos importante, Camargo (2017, pp. 96-97) observa que os pedidos liminares são uma importante forma de controle constitucional exercido pelo judiciário sobre os poderes legislativo e executivo, haja vista que qualquer pessoa pode propor liminar. normas regulamentares. Aqui, o judiciário tem o potencial de compensar a ausência de normas.

Sobre essa questão, Camargo (2017, p. 96) faz a seguinte observação: “Vale ressaltar que o judiciário deixa de atuar como legislador passivo e passa mesmo a fazer normas que outros poderes deixam passar”.

Importante mencionar que as formas de controle exercidas pelo Poder Judiciário em relação aos demais Poderes da República, configuram-se freios em relação às atividades típicas exercidas por cada Poder, tendo em vista que o Judiciário possui a competência e a prerrogativa atribuída pela Constituição Federal de neutralizar decisões já tomadas por outro Poder através do Controle de Constitucionalidade (CAMARGO, 2017, p. 97).

Tendo como fundamento que o Estado atua de modo a criar leis, executar e julgar, nota-se, portanto, que ele é um mecanismo eficaz no que tange a penalização daqueles que cometem crimes.

2.3 Da Responsabilidade do Estado

O Estado tem a responsabilidade de responsabilizar não apenas por não abordar as causas e fatores que levam ao crime, mas principalmente por habilitá-lo porque aumenta a reincidência com suas políticas sistêmicas de punição fracassadas.

O Brasil não tem políticas públicas que valorizem o cidadão, como pleno emprego, educação intelectual de qualidade e muitos outros fatores. Isso deixa uma grande parcela da população, principalmente a mais pobre, à mercê do crime, e quando o estado passa a punição e só age depois que o crime já ocorreu, ele só incentiva o crime porque manda o criminoso de volta à sociedade sem possibilidade de crescimento social e sem o crédito das pessoas, ficará ainda mais estigmatizada. (GUSMÃO, 2014)

O parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 preconiza a responsabilidade objetiva do Estado contra os riscos administrativos. Para sua configuração não há necessidade de culpa ou dolo, mas apenas da existência de nexo causal com os atos praticados e os danos sofridos pelo agente e terceiros, no nosso caso toda a sociedade brasileira. (BRASIL, 1988).

É dever do Estado cuidar da sua população da melhor forma possível. Mas nosso povo é vulnerável, desconfia da evolução social e não tem base de conhecimento para saber como lutar pelos nossos direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Portanto, garantir a segurança pública e a tranquilidade social é uma responsabilidade e uma obrigação do Estado. O Estado deve ser responsabilizado pela negligência e má gestão das políticas públicas. Ele deve ser responsabilizado e

condenado por indenizar os cidadãos por meio de uma política pública eficaz que, na presente monografia, busca demonstrar que a prevenção ao crime pode ser mais eficaz. (GUSMÃO, 2014)

O Estado deve respeitar os direitos humanos, as garantias fundamentais e todos os princípios inerentes ao ser humano para tratar os infratores, salvar ou fazer valer a capacidade humana de exercer a cidadania, pois o sistema penal vigente combate ao crime e amplia seus efeitos. (GUSMÃO, 2014).

Dado a importância e relevância do poder estatal, é imprescindível a compreensão acerca dos crimes, sendo assim, no próximo capítulo aborda sobre.

3 DOS CRIMES

Crime em nossa sociedade vai além de um mero fenômeno social, o mesmo está presente no dia a dia de todos e não deve por sua vez ser classificado como um conceito imutável, único e estático. É imprescindível a compreensão de que o conceito de crime sofreu alterações no decorrer do tempo, atualmente cabe a doutrina trazer eventual conceituação.

Diante disso, o crime passa a obter várias conceituações nas escolas penais, como é o caso de um conceito formal, conceito material e analítico.

3.1 Conceituação

Em consonância com o objetivo do presente trabalho, a saber: analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância à posse de drogas para uso pessoal, é necessário situar o problema no âmbito do direito penal e explicitar os seguintes conceitos: quando os fatos complexos sobre o crime. O que é preciso ressaltar é que não se trata aqui de esgotar todas as tipologias criminais, mas sim de analisar brevemente os sistemas necessários para melhor compreender o que é crime, fatos típicos e tipicidades materiais.

Segundo Mirabete, três formas de conceituar o crime podem ser destacadas em aspecto formal, material e analítico. Considerando apenas seus aspectos externos, apenas fatos nominais, temos uma definição formal. Na legislação brasileira, há um conceito formal de crime no artigo 1º do Decreto 3.914/41 (Introdução ao Direito Penal):

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. (BRASIL. 1941).

Nessa mesma linha aduz Manoel Pedro Pimentel apresenta um conceito formal acerca de crime, onde institui: Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena” (PIMENTEL, 1983, p. 2 apud MIRABETE, 2010, p. 53). Nota-se, portanto, que por si só tal conceituação não é capaz de trazer uma melhor segurança.

Nesse diapasão, é importante fazer menção sobre o conceito material, nessa linha Rogério Greco institui que crime é uma conduta onde viola os bens jurídicos mais relevantes. Sobre esse dualismo também aduz Rogerio Greco:

Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime sub espécie iuris, no sentido de considerar o crime 'todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade. (GRECO 2012, p. 142).

Contudo após breve análise de ambas as conceituações se observa que há algumas lacunas, pois uma conceituação totalmente formal não seria satisfatória, haja vista, o direito penal não dever se preocupar com violações ínfimas ao bem jurídico tutelado por determinada norma.

E no que tange ao conceito unicamente material, Igor Luis Pereira e Silva, aduz que esse conceito não tem força se não estiver acompanhado de uma previsão legal, ou seja, do princípio da legalidade, conforme prevê no artigo 1º do Código Penal: Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Além dessas breves conceituações há ainda o conceito de crime analítico. Conforme aduz a maioria da doutrina o crime por sua vez pode ser definido como sendo um fato típico que consiste na adequação entre a conduta e a previsão legal de crime antijurídico que é por sua vez a relação da conduta praticada e sua contrariedade com o ordenamento jurídico e culpável, sendo, portanto, o juízo de reprovação da conduta ilícita praticada e tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Nesse diapasão Cezar Roberto Bitencourt aduz sobre a origem do conceito, assim diz:

A elaboração de um conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral situar-se-ia a culpabilidade e o dano moral da infração penal (BITENCOURT, 2011, p. 251).

Ou seja, esse conceito analítico não é algo atual, é algo que foi elaborado a muitos anos atrás, o mesmo estabelece elementos estruturais do crime onde proporciona a mais correta e justa decisão sobre determinada infração penal, onde

faz com que o julgador ou aquele em que interpreta a lei desenvolva seu raciocínio por meio de etapas.

3.2 Diretrizes sobre crime referente as drogas

Inicialmente convém salientar sobre o que é droga, é imprescindível a compreensão de que as drogas a princípio foram originadas das plantas, e neste diapasão o ser humano foi utilizando de forma contínua com a objetividade de manter os vícios.

Como é sabido, atualmente as drogas são substâncias proibidas, haja vista, as mesmas resultarem em dependências causando assim inúmeros problemas no organismo, resultando tanto em problemas sociais irreversíveis.

Conforme diz a Organização Mundial da Saúde (OMS) as drogas são capazes de alterar quase todas as funções do organismo do ser humano quando são introduzidas, pois as mesmas possuem uma capacidade de acarretar modificações nos comportamentos, bem como, na consciência das pessoas que as utilizam.

Rosa Del Olmo (1990. P. 22) aduz que:

A droga possui uma face oculta que a transforma em mito. Afirma a autora que a grande divulgação de informações distorcidas levaram a uma confusão entre conceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, o que contribui para que o conceito de droga se associasse a ideia de desconhecido, proibido, temido e responsável por todos os males que afligem a sociedade contemporânea. (OLMO, 1990).

É importante salientar que essas substâncias tem a sua venda proibida, com por exemplo, cocaína e a maconha, pois conforme as agências de controle as mesmas possuem um destaque no que tange as drogas que são mais consumidas se tornando extremamente seletiva.

Contudo as drogas por sua vez se tornaram uma forma de comércio na esfera do crime organizado a partir da década de 1970, sendo esse marco instituído também para que houvesse o mandado de criminalização, que está previsto no Inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde aduz:

Art 5º, XLIII- A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem. (BRASIL, 1988).

E é justamente através disso que o poder legislativo criou leis que objetivam o combate ao tráfico de drogas e entorpecentes, sendo, portanto, considerado um crime inafiançável suscetível de graça ou anistia, sendo, portanto, equiparado como crime hediondo.

Através disso é de extrema relevância compreender acerca de que o crime referente a drogas é um crime de perigo concreto ou um crime de perigo abstrato, nesse diapasão é importante mencionar que há um posicionamento instituído pela doutrina majorada acerca da temática.

Na mesma aduz que os crimes previstos na lei de drogas, são por sua vez caracterizados como crimes de perigo abstrato, pois independentemente da quantidade de drogas, o agente que for apreendido com os ilícitos será punido, ou seja, não será utilizado como parâmetro se o bem jurídico tutelado foi atingido ou não.

Porém, é necessário fazer menção de que não é um posicionamento ileso de controvérsias, há alguns posicionamentos que são contrários a essa posição, que inclusive abre a possibilidade de obter aplicabilidade do princípio de insignificância nos casos em que a quantidade de drogas é consideravelmente mínima.

E é justamente através desse parâmetro que irá obter a seguir uma abordagem sobre essa temática, de modo que desenvolve todos os parâmetros necessários sobre a Lei de drogas, instrumento esse que institui sobre sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, deixando explícito sobre todas as medidas para prevenção do uso indevido de drogas, bem como, faz menção sobre a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definindo os crimes e afins.

3.3 Da legislação brasileira acerca das drogas

É imprescindível a compreensão de que atualmente a norma legal brasileira que trata sobre questões de drogas é a Lei nº 11343 de 23 de agosto de 2006, sabe-se que mesma é um dos objetos principais para a construção da pesquisa, em razão

disso que posteriormente institui sobre a mesma, onde aduz acerca do seu surgimento, e dar ênfase nos artigos 28 e 33 da referida de forma mais específica.

3.3.1 Da lei 11343 de 2006 (lei de drogas)

É importante mencionar que a Lei nº 11.343/06 surgiu em 2006, onde por sua vez, revogou as antigas leis, sendo a lei 10.409/02 e a lei nº 6.368/1976, onde unificou formas de tratamentos bem como de penalidades em apenas uma lei e, ainda, diferenciou as condutas de tráfico e consumo próprio, individualizados, sendo que este último possui um tratamento mais benéfico e o primeiro mais rigoroso, obviamente, não como uma penalidade, mas sim, um meio de coerção e tratamento ao indivíduo. Nesse diapasão, Salo de Carvalho aduz:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06. (CARVALHO, p.17, 2010)

No entanto, a referida lei não especifica o valor para a conversão de "traficante" em usuário comum e vice-versa, cabendo ao juiz competente analisar o caso concreto, verificando o local e as condições da apreensão, os antecedentes criminais do agente e a situação social.

Dado o feito será abordado a seguir sobre o artigo 28 e 33 da referida lei de drogas, sendo o primeiro caracterizado por ser destinado ao porte de drogas para consumo e o último ao tráfico de drogas.

3.3.2 Do artigo 28 da lei de drogas

A lei no caput do art. 28 define usuário como “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (BRASIL, 2006)

Além da impossibilidade de prisão no local, existem outras penalidades, que podem ser as seguintes: advertências sobre os efeitos da droga, medidas educativas de prestação de serviços à comunidade, frequência de programas ou cursos educativos. Com isso, os legisladores retiraram a "punição" do usuário e tomaram medidas para reeducá-lo e afastá-lo da dependência.

Dado o feito, compreende-se que o legislador ao fazer uma separação de condutas, deixa explícito que o usuário acaba tendo uma menor ofensividade no que tange ao bem jurídico tutelado, não deixando, contudo, de sair impune, assim como aduz Paulo Rangel:

Assim como ninguém conceberia punir criminalmente um dependente de álcool, parece errôneo tipificar a conduta do dependente de drogas ou daqueles que as usam eventualmente. Contudo, não se pode também deixar de compreender que o usuário de droga sustenta o tráfico, gera problemas para a família, para a sociedade e, de certo modo, por uma questão humanitária, não se pode esquecer que a autolesão que pratica afeta a todos de um jeito ou de outro". (RANGEL, 2007. pag.43)

Além disso, devido à pena aplicada, o artigo 48, §1º da Lei 11.343/06, aduz acerca da competência do artigo 28 da lei citada para o rito sumaríssimo, da Lei 9.099 de 1995, assim institui:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 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. (BRASIL, 2006)

Contudo, como será por sua vez de competência do JECRIM, ao agente dado como usuário, poderá ser aplicado os institutos despenalizados que são instituídos pela lei 9.099/95, como por exemplo, transação penal, suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos

3.3.3 Do artigo 33 da lei drogas

O artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é conhecido como crime de tráfico de drogas, assim aduz no caput do mesmo:

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)

Conforme aduz Gomes: “o bem jurídico protegido é a saúde pública e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade “. A saúde pública é um bem jurídico supra individual que deve sempre ter como referência última os bens jurídicos pessoais.” (GOMES, 2008)

Objeto material são por sua vez as drogas, ou seja, substâncias ou produtos capazes de induzir dependência física ou psicológica. Conforme mencionado anteriormente, trata-se de uma lei penal em branco, pois é complementado pela Portaria SVS/MS 344/98, tendência que basicamente vem ocorrendo desde as primeiras regulamentações relacionadas a drogas.

Esse sistema de listas exaustivas de substâncias tem dividido os dogmáticos, pois enquanto alguns defendem a posição com base nos princípios da legalidade, outros acreditam que seus malefícios são idealmente demonstrados por meio de um relatório que considere casos específicos.

Com relação às ações típicas, algumas são formais e outras substantivas, mas, curiosamente, os dezoito verbos que expressam essas ações foram mantidos da Lei 6.368/76 e nada mais foi acrescentado. Luiz Flávio Gomes os elenca, assim aduzindo:

São eles: importar (trazer de fora), exportar (enviar para fora), remeter (expedir, mandar), preparar (por em condições adequadas para uso), produzir (dar origem, gerar), fabricar (produzir a partir de matérias primas, manufaturar), adquirir (entrar na posse), vender (negociar em troca de valor), expor à venda (exibir para venda), oferecer (tornar disponível), ter em depósito (posse protegida), transportar (levar, conduzir), trazer consigo (levar consigo, junto ao corpo), guardar (tomar conta, zelar para terceiro), prescrever (receitar), ministrar (aplicar), entregar (ceder) a consumo ou fornecer (abastecer) drogas, ainda que gratuitamente (amostra grátis) (GOMES, 2008, p. 182)

Deve-se notar que não está incluído no gênero Art. 33 O conceito de mercadoria, portanto, o crime é perfeito mesmo que seja oferecido gratuitamente aos consumidores (PACHECO e THUMS, 2008, p. 67). Este é um problema doloroso desde a antiga lei, no caso de repasses gratuitos a terceiros para consumo comum,

porque não havia diferença na finalidade pretendida do repasse, e ainda não há diferença.

No entanto, como esse tipo de nova lei tem menor potencial ofensivo em seu artigo § 3º do art. 33, a controvérsia foi resolvida. Thums e Pacheco (2008, p. 67-68) acrescentam que qualquer ato de constatação de suficiência no art. 33 a 37 podem ser considerados para negociar. Eles criticam essa técnica legislativa porque entendem que o tráfico é uma exigência que depende da comprovação do destino da droga a um terceiro, embora não conste do tipo.

Dados o feito é necessário completar que o tráfico de drogas é um crime de múltiplas ações. A prática de um dos verbos incluídos é suficiente para constituir crime. Da mesma forma, mesmo que o agente pratique mais de um ato típico sucessivamente no mesmo contexto fático, responderá por um único crime de acordo com o princípio da alternância. Concentre esse problema apenas na fixação de penalidades (GOMES, 2008, p. 183).

Thums e Pacheco, no que se refere ao reconhecimento do crime, entendem que é necessário obter em conta mais do que o simples montante da droga: Para reconhecer-se a traficância, deve-se levar em consideração não só a quantidade de droga envolvida no evento, mas um conjunto de circunstâncias, nos termos do art. 28, § 2º e do art. 52, inciso I, da mesma referida lei.

Contudo, pode-se observar que o artigo em tese é muito importante para o desenvolvimento do trabalho, pois é a partir dessa definição que irá compreender, se fere ou não com o princípio da insignificância, quando há a desclassificação das drogas para consumo como tráfico de drogas.

Sendo assim, o próximo capítulo trata sobre o princípio da insignificância, trazendo conceituação, origem histórica e efeitos, bem como, acerca da aplicabilidade no caso do crime de porte de drogas para consumo próprio

4. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA

Nesse capítulo aborda sobre o princípio da insignificância e a aplicabilidade no caso do crime de porte de drogas para consumo próprio, crime este previsto no artigo 28 da referida Lei de drogas.

Analisa a aplicação da doutrina da imaterialidade pelo tribunal superior ao uso pessoal de entorpecentes. O tema tem causado grande polêmica na jurisprudência e na doutrina desde a antiga Lei 6.368/76. No entanto, com a promulgação da nova lei, esse tema ganhou mais força. Portanto, dada a tão discutida e relevante relevância da matéria tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a análise será dos casos em que o Supremo Tribunal da Justiça e o Supremo Tribunal Federal reconhecem ou não a aplicação do princípio.

4.1 Conceituação

O princípio da insignificância não está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa, quer dizer é um princípio que encontra amparo na doutrina e jurisprudência. Para o renomado autor Diomar Ackel, o princípio da insignificância consiste na inexpressividade de uma ação, a qual torna-se ínfima e livre de qualquer reprovabilidade, portanto não deve o Direito Penal ocupar-se dos crimes de bagatela. Dessa forma, prescreve o referido autor:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes. (TOLEDO, 1994, p. 133)

Por outro turno, Regis Prado, conceitua princípio na esfera penal como sendo:

O núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese servem de fundamento e limite à responsabilidade penal.” (PRADO, 2010, p. 138-140.)

Coletivamente, esses princípios limitam a atuação do Estado, de modo que a Constituição Federal garanta a proteção dos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo como respaldo para a aplicação da lei penal pelos magistrados em casos específicos. (PRADO, 2010).

O autor Mauricio Antônio Ribeiro Lopes acrescentou que os crimes eram insignificantes: “[...] comportamento claramente típico, mas de forma tão inexpressivas e insignificantes, que não deveriam ser condenados criminalmente.” (GOMES, 2013).

Em outras palavras, atos insignificantes que nada têm a ver com a esfera criminal constituem os chamados princípios insignificantes ou da bagatela. Nesses casos, o direito penal não deve lidar com condutas que representem algum crime ou risco a interesses legítimos protegidos por normas, ainda que sejam puníveis criminalmente. Conforme aduz Cezar Roberto Bitencourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. (BITENCOURT, 2012. p.58.)

Assim, ao julgar casos específicos, os juízes utilizam como auxílio o princípio da insignificância, pretendendo afastar a aplicação da lei penal em face de atos ilícitos considerados insignificantes.

É de extrema importância que este princípio seja aplicado em conjunto com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois define a conduta do Estado nos crimes contra a pessoa física, sendo que o princípio da indiferença é um axioma que incide sobre a boa técnica do magistrado e por isso ele deve sempre cumprir qualificar os axiomas que este pressuposto aplica para que seja aplicado de acordo com as garantias e liberdades contidas na Carta. (GOMES, 2013).

Nesse sentido, o princípio da insignificância é um conceito normativo, que precisa e exige que os juízes lhe façam complementos valorativos. Diante de casos concretos, as normas não podem ser aplicadas mecanicamente aos magistrados, basta observar o antigo formalismo, há premissa maior e premissa menor, a partir da aplicação da lei, cabe a ele decidir, como já mencionado acima, a racionalidade e o uso da proporcionalidade, vinculado ao seu complemento de valor. (GOMES, 2013).

Luiz Flávio Gomes ensinou:

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância resulta na exclusão da responsabilidade penal dos fatos consideravelmente ofensivos que possuem pouca importância ou pouca lesividade. São por sua vez fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado).” Segue essa mesma linha Mauricio Antônio Ribeiro Lopes:

A lesão caracterizadora medicamente como um mero eritema (que causa simples rubor na vítima), conquanto possa ser registrada por perícia imediata ou confirmada por testemunhas, é de significação ridícula para justificar-se a imposição de pena criminal face à não adequação típica da mesma, posto que a noção de tipicidade, modernamente, engloba um valor lesivo concreto e relevante para a ordem social. Assim, nesse caso, tem-se a inexistência da tipicidade do crime face a incidência do princípio da insignificância por falta de qualidade do resultado. (LOPES, 2000).

Assim, o sentido central que rege os princípios pertinentes, consiste em ato considerado típico da prospecção, mas que não faz jus a bem jurídico tutelado e que, portanto, produz resultados ínfimos ou insignificantes quanto à incidência na esfera penal esfera. Em outras palavras, o fato é considerado atípico e a lei penal não se aplica a esse fato, uma vez que a lei penal deve tratar apenas de condutas criminosas típicas de infrações graves. (GOMES, 2013).

Insignificante diante do dano que produz resultados ordinários e, portanto, não é suficiente para a incidência de penalidades criminais, haja vista que características típicas são de importância específica e relevante para a ordem social. Assim, os fatos tornam-se atípicos, pois não há resultados contra a aplicação da hipótese. (LOPES, 2000)

4.2 Aplicabilidade no caso do crime de porte de drogas para consumo próprio.

Existem diversos posicionamentos doutrinários a respeito da aplicação do princípio da indiferença aos crimes típicos do art. Artigo 28 da Lei. 11.343/06. Trata-se de ato peculiar do direito penal, e como o fato é classificado como “crime de posse”, há diversos posicionamentos no sentido de que esse axioma não se aplica. No entanto, a aplicação dos pressupostos acima torna a conduta atípica, pelo que não serão aplicáveis as medidas alternativas previstas nas cláusulas anteriores. (GOMES, 2007).

É importante ressaltar que a antiga Lei de Drogas, que impunha pena de dois anos de detenção aos usuários, foi considerada relevante. Diante dessa situação, muitas doutrinas concordam em aplicar a doutrina da indiferença, uma vez que a aplicação das sanções mencionadas é muitas vezes desproporcional à quantidade de ínfima transportada pelo agente. (MENDONÇA, 2012)

Com a introdução de novas leis que concedem medidas alternativas aos usuários, não é preciso falar sobre a desproporção entre sanções e comportamento prático. Dessa forma, o artigo 28 da Lei 11.343/06 busca punir, proporcional e razoável em face de suas condutas, haja vista a ausência de previsão de pena privativa de liberdade e o cumprimento do regime de ordem pública visando à reabilitação dos usuários e seus familiares. (MENDONÇA, 2012).

Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho se posicionam no sentido de que a conduta atípica seria "vazia" se fosse admitido que princípios triviais tornam o comportamento atípico do 28 da Lei de Drogas. Portanto, leve em consideração que as leis são criadas para "punir" os usuários.

O postulado em questão, se aplicado, acarretaria em uma contradição com toda a sistemática que fora adotada pela legislação. Ainda conforme os autores, o porte de quantidade ínfima da droga constitui a própria essência do tipo, por isso se um usuário for pego com uma quantidade irrisória da droga, o crime estaria do mesmo jeito configurado. Acompanha esse raciocínio o professor Sérgio Ricardo de Souza o qual afirma:

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

Por outro lado, afirma o autor Luiz Flávio Gomes, que se a droga apreendida não tiver qualquer capacidade para ofender o bem jurídico tutelado, tendo em vista a quantidade irrisória da droga, a conduta não será punida penalmente, independentemente de a conduta ser um "delito de posesión". Como consequência natural do postulado haverá a exclusão da tipicidade pelo fato da conduta ser

insignificante ou pelo fato do resultado da conduta ser ínfimo. (GOMES, 2007). Neste sentido afirma:

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

Nesse sentido, Salo de Carvalho destacou que se o bem jurídico tutelado pela lei penal é a proteção estrita da saúde pública, então serão excluídos atos que causem danos irrelevantes por serem atípicos. Ou seja, diante de um caso concreto, a conduta envolvida deve efetivamente ferir bens jurídicos, logo, se a conduta for “pouco lesiva”, trata-se, na verdade, de uma conduta atípica.

O autor acima reconhece ainda que a supremacia da saúde pública invalida qualquer forma de “diálogo democrático” na esfera jurídica, pois, para ele, é falsamente legítimo priorizar os direitos coletivos sobre os direitos individuais quando se depara com situações em que alguém tem capacidade de ofender outrem direitos e interesses. Vale, portanto, observar que há divergências na doutrina quanto à aplicação do princípio da insignificância ao art. Artigo 28 da Lei 11.343/06.

Os autores que se posicionaram em sentido contrário alegam que a aplicação desse pressuposto contraria a essência do artigo em questão, e assim tornaria o dispositivo ineficaz, uma vez que a posse de pequenas quantidades de drogas configura o tipo de crime. Por outro lado, autores que respondem afirmativamente à aplicação dos axiomas em questão alegam que é necessário observar a capacidade específica do ato de violar bens jurídicos, pois sem tal capacidade, uma pequena quantia torna a ação atípica.

O posicionamento da maioria dos ministros que compõem o referido tribunal é contrário à aplicação da doutrina da imaterialidade ao art. Artigo 28 da Lei 11.343/06. Para elucidar tal afirmação é imprescindível analisar o Recurso em Habeas Corpus nº 35.920-DF, a seguir:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (STJ - RHC: 35920 DF 2013/0056436-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 20/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2014)

Desde a antiga Lei de drogas, ainda que a quantidade de bens apreendidos seja irrisória, não se adota a aplicação do princípio da insignificância ao tráfico, uso de drogas e outras condutas. No entanto, com a introdução da nova Lei de Drogas, várias posições teóricas e jurisprudências surgiram sobre o assunto. 173

O STJ, na RHC nº 35.920-DF, segue a linha de Guilherme Nucci, prescrevendo os termos atuais do artigo 28 da Lei 11.343/06 não reconhece a aplicação do axioma em questão, pois configura violação do potencial mínimo de ataque e, portanto, envolve pequenas penalidades.

Nesse sentido, o posicionamento do Relator do Ministro, Rogério Schietti Cruz, no referido acórdão, foi de que o legislador intencionalmente tomou medidas de caráter educativo para, dessa forma, alertar o usuário de seus riscos. Sua própria saúde, para evitar a reincidência do crime. Além disso, a quantidade de drogas apreendidas, mesmo em pequenas quantidades, evidencia a tipicidade dos atos artísticos, conforme artigo 28 da Lei de Drogas.

Quanto à justificativa para se referir à saúde pública, o relator do ministro seguiu a premissa de que o potencial ofensivo do comportamento do usuário afeta não só a saúde dos indivíduos, mas principalmente a da coletividade. 176 Segundo

os ensinamentos do autor Luiz Flávio Gomes, a saúde pública é um bem jurídico que é "imediatamente" protegido e as leis são destinadas a protegê-la. 177 Acrescenta-se, ainda, que, segundo o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz na RHC 35.910-DF, o delito de posse de drogas ilícitas, após a comprovação de que um caso concreto realmente põe em risco um legítimo protegido não depende de qualquer resultado válido, mas como dito anteriormente, deve-se demonstrar o caráter lesivo do ato.

Neste sentido, em Recurso de Habeas Corpus diverso, o Relator Ministro Fernandes se posicionou de forma equivalente:

Os crimes da lei de tóxicos se caracterizam com delitos de perigo abstrato, que visam proteger a saúde pública e, assim, prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco bem jurídico tutelado. A posse ou guarda de substância entorpecente não afasta o perigo à coletividade e a saúde pública, sendo indiferente a pequena quantidade de droga apreendida, pois esta é circunstância da própria essência do delito.

Vale notar que a maioria dos ministros que hoje compõem o STJ compartilha do mesmo raciocínio, entendendo que vestígios de drogas ilícitas fazem parte da própria natureza da conduta prescrita pelo art. 28 da Lei de Drogas, caso contrário constituirá crime de tráfico de drogas, crime descrito no Artigo 33 da referida Lei de drogas. (BRASIL, 2014).

No entanto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma diversa no HC nº 110.475/SC, fundamentando a aplicação do princípio da irrelevância com o fundamento de que para a constituição de Danos perigosos abstratos, ou seja, se a ação faz ou não alcança o bem legítimo protegido pela norma. (BRASIL, 2012).

A decisão do STJ em 1997 em caso relatado pelo então ministro Luiz Vicente Cernicchiaro em recurso especial atesta a posição agora seguida por ministros que se opuseram ao mesmo tribunal. O referido relator afirmou no voto que para haver infração penal deve existir a possibilidade de ofensa a interesse legítimo. Nesta mesma linha, consignou:

A minha colocação é de que a quantidade ser relevante para configurar o ilícito. Se ínfima, não puder ofender o bem jurídico, isto é, impedir o tráfico ou ser ineficaz para gerar danos à saúde do usuário, parece-me não ser relevante para a caracterização do crime". (BRASIL, 1997)

Essa é uma posição minoritária entre os STJ's, por isso se tornou uma decisão típica. Nesse sentido, parte da doutrina e da jurisprudência passou a interpretar o porte de pequenas quantidades de drogas como comportamento atípico, incapaz de ofender os interesses legítimos protegidos pela Lei 11.343/06, qual seja, a saúde pública.

Assim, segundo o STJ, a arguição desfavorável à aplicação do princípio da insignificância independe do valor apreendido do usuário, não cabendo a aplicação do princípio supracitado porque o crime é abstratamente perigoso e o valor irrisório reflete a natureza do crime o crime. Além disso, o Estado tem a responsabilidade de zelar pela saúde pública, uma vez que tais ações atingem toda a comunidade.

Argumentos favoráveis, no entanto, incluem enfatizar que, apesar de ser um crime abstratamente perigoso, o ato deve demonstrar a capacidade de atingir um interesse legítimo protegido, no caso a saúde pública e do próprio usuário. A esse respeito, o STJ reluta em aplicar princípios irrelevantes em casos prescritos no art. Artigo 28 da Lei. Essa rigidez muitas vezes se justifica no sentido de preservar a saúde pública, ou seja, sobrepondo ao indivíduo os direitos da sociedade como um todo, conflito entre o direito público e o direito privado. (CARVALHO, 2013).

A reação do direito penal a casos concretos se intensificou, princípios básicos como a proporcionalidade e a racionalidade foram esquecidos, os interesses nacionais obliteraram os interesses individuais e o diálogo democrático no campo jurídico tornou-se impossível. É, portanto, extremamente importante observar caso a caso a real capacidade de ofender interesses legítimos protegidos, uma vez que vestígios de drogas muitas vezes tornam o comportamento atípico. (CARVALHO,2013).

Conforme explicado, embora existam decisões paradigmáticas que seguem o entendimento de que vestígios de substâncias ilícitas não podem ofender interesses legítimos, a maioria das decisões do STJ segue o entendimento de que o comportamento é tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06 é supostamente perigoso, uma vez que pequenas quantidades de drogas em si constituem um tipo de crime que afeta principalmente a saúde da comunidade como um todo.

Entretanto, este não é o entendimento mais coerente, tendo em vista que, dependendo das circunstâncias, princípios constitucionais fundamentais como: proporcionalidade e razoabilidade devem ser respeitadas, pois se ignorados, estaríamos diante de respostas exageradas do direito penal. Neste sentido, Fernando Capez aduz:

Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminoso se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. (CAPEZ, 2009).

Em conformidade com o art. 102 da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Carta Maior, sendo assim o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O art. 12, §2º, IV da CF/88, ainda prescreve ser a Corte Maior composta por onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal. 189 188

Como é de conhecimento o Supremo Tribunal Federal, para tornar a conduta atípica, instituiu premissas para que seja possível a aplicação do princípio da insignificância. Porém é importante mencionar acerca de uma decisão da 1ª Turma do STF, no Habeas Corpus nº 110.475, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, onde entendeu pela aplicabilidade do princípio da insignificância a conduta de porte ilegal de pequena quantidade de droga ilícita, indo em parte ao contrário das premissas do STF. Neste sentido, segue a ementa:

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: 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)

O Relator Ministro impugnou o Acórdão do STJ proferido no HC nº 168.049/SC, que rejeitou a ordem pois a Quinta Turma considerou que o princípio da insignificância não se aplicava, sob o argumento de que a "análise do pedido de requerimento" não

era pertinente ao caso do princípio da insignificância, exige em princípio um rodízio dos fatos e provas arguidas, o que não é viável na forma do habeas corpus.

O Ministro Dias Toffoli, porém, se posicionou de forma contrária, por entender que tal conduta era atípica para a aplicação da presunção de insignificância por se tratar de um vestígio de 0,6 grama da droga ilícita (maconha).

Nesse sentido, nas circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, justifica-se a aplicação dos axiomas acima, uma vez que o comportamento do agente se mostrou do menos ofensivo, irrelevante grau de desaprovação, não evidenciando periculosidade social, e primariamente não sugestivo, gravemente prejudicial a um interesse protegido pelo direito penal, nomeadamente a saúde pública.

No presente caso, o ministro relator certifica que a conduta do agente está contida no art. O artigo 28 da Lei 11.343/06 não representa qualquer tipo de ofensa aos interesses legítimos protegidos, uma vez que a pequena quantidade da droga envolvida de forma alguma produz resultados que ameacem a saúde pública ou a do próprio agente. 194

Desta forma, as decisões não podem ser tomadas simplesmente com base em condutas perigosas abstratas, ignorando-se sua real nocividade em casos concretos, pois, nesse sentido, o direito penal pode dar uma resposta desnecessária e inócua, haja vista que ignorar os princípios e instrumentos fundamentais contidos na Constituição Federal. 195

Além disso, acrescentou que o Estado tem a obrigação de proteger a saúde pública, mas não pode fazê-lo reagindo de forma desproporcional ao não criminalizar qualquer conduta que constitua perigo para o objeto jurídico da proteção. Diante de tais situações, o princípio da insignificância mostra-se perfeitamente aplicável. A esse respeito, Nilo Batista e Raul Zaffaroni afirmam:

Convém repudiar a ideia de bem jurídico tutelado, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do conceito limitador de bem jurídico afetado, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade, que requer também uma entidade mínima de afetação (por dano ou perigo), excluindo bagatelas ou afetações insignificantes. (ZAFFARONI, 2003)

A presença de bens jurídicos estranhos afetados permite o reconhecimento de conflitos jurídicos por meio do extravasamento da esfera da liberdade moral individual e da introdução de um outro caminho o que significa levar em conta a alteridade como

pressuposto geral da intervenção penal. Nesse sentido, pode-se dizer que o bem jurídico lesado ou exposto representa o outro no conflito penal, constitui o signo do outro no corte típico, e emerge o chamado princípio da insignificância, excluindo menores de Tipicidade em O caso. E afetações ridículas de bens legítimos, como falhas alteradas

A presença de um bem jurídico alheio afetado permite reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução de um outro o que implica na consideração da alteridade como pressuposto geral da intervenção penal. Neste sentido, pode-se afirmar que o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo representa o outro no conflito jurídico-penal, constitui o seu signo no recorte típico, cabendo comparecer o chamado princípio da insignificância, que exclui a tipicidade nos casos de ínfimas e irrisórias afetações do bem jurídico, como defecção da alteridade.” (ZAFFARONI, 2003).

Da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli afirmou que com a abolição da antiga lei de drogas e a extinção de seu extinto artigo 16 torna o porte de drogas para uso pessoal um crime e deve ser visto de forma diferente. A interpretação do novo dispositivo (artigo 28 da Lei 11.343/06) deve ser feita com base em princípios fundamentais, como principalmente o da dignidade da pessoa humana, pois permite melhor proteção de direitos e valores quando estes são ofendidos, dado que estes têm um impacto negativo na ordem social Dito indispensável. (BRASIL, 2012)

Os ministros Luiz Fux e Cármem Lúcia seguem a mesma linha dos ministros relatores, entendendo a aplicação de hipóteses insignificantes. O ministro Luiz Fux afirmou ainda que, ao equilibrar crime e castigo, a situação na tela tem sido suficiente para "dar lições" a jovens escolares de boa formação. (BRASIL, 2012)

Nas palavras do ilustre Ministro:

As microtragédias daquela família demonstram que, às vezes, pelo simples fato de este aluno do ensino fundamental de boa origem ter respondido ao processo, e ter sido encaminhado para uma audiência criminal, deve ter sido tão uma lição muito precisa. (BRASIL, 2012)

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento majoritário de que o princípio da insignificância não se aplica quando se trata de entorpecentes, na mesma linha, citando alguns precedentes: HC 87.319/PE, Rel. Min Marco Aurélio; HC 92.287/SP, relatório min Gilma Mendez; HC

83.191/DF e HC 81.523/PR, Rel. min Nelson Jobin. Nesse sentido, o posicionamento adotado no HC 102.940/ES relatado pelo Desembargador Ricardo Lewandowski é:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II-A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV- É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V- A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI-Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII- Habeas corpus prejudicado. (STF - HC: 102940 ES, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 15/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-01 PP-00109)

Como se depreende do precedente apresentado, os fundamentos para a não aplicação da doutrina da imaterialidade são muito semelhantes aos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, como o apresentado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, de que “a posse criminosa de drogas é crime de perigo presumido” .

É importante ressaltar isso, aplicando o princípio da insignificância ainda de acordo com o relator do ministro, o artigo 28 da lei pertinente prejudica as políticas de redução e prevenção de danos porque visam a reinserção dos usuários de drogas na sociedade por meio da justiça do tratamento, ou seja, visa o benefício da sociedade, não apenas pessoal.

Portanto, a aplicação dessa premissa dificulta o que essas políticas pretendem alcançar, uma vez que nenhuma reinserção ou precaução será aplicada para a recuperação do usuário. Quanto à saúde pública, seguiu a mesma linha do Ministro Sydney Sanches no HC 81.641/RS e Laurita Vaz, Ministra do STJ no RHC 22.372/ES, que interpretou o artigo 28.º da Lei das Drogas é um crime abstrato ou

presumidamente perigoso, e que importa apenas a prática da conduta para que haja a presunção ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Assim, de acordo com os argumentos avançados pelo Suprema corte a aplicação do princípio da insignificância assenta no argumento favorável de que a quantidade ínfima da droga não fere o interesse legítimo tutelado, nomeadamente a saúde pública, e desta forma pode ter um impacto desproporcional no direito penal do caso concreto.

Além disso, dada a quantidade absurda de drogas, não havia perigo social para o ato; havia menos desaprovação do ato; e, finalmente, o dano legal causado era inexprimível. A ministra Louise Fox também disse que o acusado "aprendeu o suficiente" para passar na audiência criminal, considerando o equilíbrio entre crime e punição.

No entanto, ao contrário do argumento favorável de que o porte para uso pessoal é considerado crime de presunção de perigo, vestígios de drogas já constituem o tipo de crime. Além disso, a política de danos será comprometida. O artigo 28 da Lei 11.343/06 não foi aplicado nesses casos, pois seu principal objetivo é reinserir os usuários de drogas na sociedade por meio de Justiça terapêuticas.

De todo modo, é clara a relutância do eminente tribunal superior em aplicar a doutrina da indiferença, baseando-se grande parte da jurisprudência em perigo presumido ou abstrato que, mesmo em pequenas quantidades apreendidas, bastaria apenas para o porte de substância ilícita para uso em caracterização de infração.

Notavelmente, observou-se que os tribunais brasileiros se posicionam dessa forma, ressocializam os agentes dessa forma, diante da saúde pública, da saúde pessoal e da possibilidade de as drogas poderem levar à dependência química e/ou física dos indivíduos. Tribunal optou por aplicar medidas educativas independentemente da quantidade de drogas apreendidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um paradoxo no que tange a lei de drogas e o princípio da insignificância, como é sabido, não há a aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos em que envolve drogas. Em razão de obter uma garantia de direitos iguais a todos os cidadãos, bem como, não ser injusto no que tange a aplicação de uma lei ao caso concreto, foi que obtive o seguinte questionamento: O princípio da insignificância é violado quando tipificada pequenas quantidades de drogas em posse do usuário como sendo crime de tráfico de drogas?

Após a realização do estudo pode observar que as decisões típicas seguem o entendimento de que vestígios de substâncias ilícitas não podem ofender interesses legítimos, a maioria das decisões do STJ segue o entendimento de que o comportamento é tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06 é supostamente perigoso, uma vez que pequenas quantidades de drogas em si constituem um tipo de crime que afeta principalmente a saúde da comunidade como um todo.

No entanto, este não é o entendimento mais coerente, tendo em vista que, dependendo das circunstâncias, princípios constitucionais fundamentais como: proporcionalidade e razoabilidade devem ser respeitadas, pois se ignorados podem levar a respostas exageradas no direito penal.

De todo modo, é clara a relutância do eminente tribunal superior em aplicar a doutrina da indiferença, baseando-se grande parte da jurisprudência em perigo presumido ou abstrato que, mesmo em pequenas quantidades apreendidas, bastaria apenas para o porte de substância ilícita para uso em caracterização de infração. Vale ressaltar que os tribunais brasileiros se posicionam dessa forma quando se deparam com a saúde pública e a possibilidade de as drogas levarem os indivíduos à dependência química e/ou física.

Portanto, para a ressocialização dos agentes, o Supremo Tribunal Federal optou por aplicar medidas educativas, independentemente da quantidade de drogas apreendidas. No entanto, o tribunal superior do país estava errado sobre os direitos legais protegidos. Acredita-se que a saúde pública não seja a principal preocupação, mas sim a saúde privada do agente. Nesse sentido, quando a saúde privada é suprimida pela saúde pública, os interesses pessoais são “sacrificados”

A esse respeito, segue o entendimento de Salo de Carvalho, pois diante de uma pequena quantidade de drogas que não têm capacidade alguma de prejudicar a

saúde privada do agente, muito menos a saúde pública, fica claro que o interesse é maior do que o interesse público.

Em outras palavras, o art. O artigo 28 da Lei 11.343/06 trata da "integridade física" do indivíduo e não da saúde pública. É antitético pensar que o porte de drogas para uso pessoal envolve a saúde pública. Nesse quadro, priorizam-se os princípios da intimidade e da inviolabilidade da vida privada.

Neste sentido, comunga-se do entendimento pela aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. O crime de porte de drogas para consumo próprio é um crime de posse, e, portanto, se o indivíduo estiver com quantidade irrisória de drogas, não apresentando qualquer ofensividade ao bem jurídico tutelado, ou seja, a saúde privada, não há que se falar em conduta típica.

Além disso, o comportamento em questão deve demonstrar seu risco para que seja classificado. Em suma, se o comportamento é representado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06, não tem capacidade de ofender interesses legítimos, seja porque o valor confiscado é pequeno, seja porque não apresenta perigo, tornando o ato atípico.

Conforme já referido, a detenção para consumo próprio é atípica se não demonstrar capacidade específica de prejudicar a saúde pessoal do agente e se fundar nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Representa, assim, a aplicabilidade do princípio da insignificância, tal como é mais apropriadamente entendida no artigo 28 da Lei 11.343/06.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, M. Et.al. **Direitoconstitucionalesquematzado**. 14 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Método, 2015. AMBITO JURÍDICO. O Princípio da Insignificância e a Lei de Drogas. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-dainsignificancia-e-a-lei-de-drogas/>. Acesso em: 18 out. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997

BELLO, Rodrigo. **Manual de prática penal/Rodrigo Bello, Felipe Novaes**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. DF: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1.17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.58.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 fev. 2023.

BRASIL. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. **Lei de Drogas**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus**. RHC 35910/D F. 6ª Turma.Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 mai. 2014. Disponível em :<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DROGAS+E+PRINCIPIO+DA+INSIGNIFICANCIA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 12 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 110475/SC. 1ª Turma. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwrghun>>. Acesso em: 12 maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 154.840/PR**. 6ª Turma. Recorrente: Elielson Del Padre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 18 dez. 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800121714&dt_publicacao=17-02-1999&cod_tipo_documento=3&formato=pdf> Acesso em: 12 de maio de 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus 127.573/São Paulo**. Rel. Gilmar Mendes. 11 de novembro de 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>ano 2019. Acesso 5 de novembro 2022.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. 11343/2006 Espírito Santo. Rel. Ricardo. Lewandowski. 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/18697747>. Acesso em: 14 de maio de 2023.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapeso na Constituição de 1988: a atuação do Poder Judiciário**. 2017. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 207. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20755>. Acesso em: 15 mai. 2023

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 252.

CAPEZ, Fernando Parte geral / Fernando Capez. **Coleção Curso de direito penal**. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 784 p. Bibliografia 1. Direito 2. Legislação I. Título. 20-0014. CRUZ, André Gonzalez. O poder punitivo estatal. Disponível em: <https://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940808/o-poder-punitivo-estatal>. Acesso em: 21 de out. 2022.

FALCÃO, Djaci. **O poder judiciário e a nova carta constitucional**. Revista de Direito Administrativo, n. 174, p. 1-11, out./dez. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46009/44168>. Acesso em: 13 dez. 2022.

DEL OLMO, R. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P. 22.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a constituição federal de 1988**. Encontro de Iniciação Científica, 4. e Encontro de Extensão Universitária, 3. Presidente Prudente, v. 4, n. 4, p. 1-24, out. 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/issue/view/34>. Acesso em: 10 de mar..2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – 11.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2009

GUSMÃO, Pompéia. **A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PREVENÇÃO DO CRIME: UMA ANÁLISE DO SISTEMA PENAL FALHO E A POSSÍVEL SOLUÇÃO ATRAVÉS DA CRIMINOLOGIA PREVENCIÓNISTA**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-responsabilidadeestado-naprevencao-crime-uma-analise-sistema-penal-falho.htm>. Acesso em 14 de maio de 2023.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.39.

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho Lei de Drogas Comentada. 3. ed. São Paulo: Método.

MONTESQUIEU, Charles S. **O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède et de. **Do Espírito das Leis. Introdução e Notas de Gonzague Truc**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Abril Cultural, 1979, p. 151.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 28. ed. São Paulo: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986544/cfi/6/10!/4/10/2@0:0>. Acesso em: 24 mar. 2023.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Elementos do direito: direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007.

PIMENTEL apud MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 73.

PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.2007.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais**. 2008. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Sistema judiciário brasileiro: organização e competências**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=169462>. Acesso em: 14 dez. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.