



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

CURSO DE DIREITO

JONAS MARTINS COELHO

**DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/06?
ASPECTOS JURÍDICOS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA NO
COMBATE AS DROGAS.**

JUIZ DE FORA – MG

2022

JONAS MARTINS COELHO

**DESPENALIZAÇÃO OU DESCRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/06?
ASPECTOS JURÍDICOS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA NO
COMBATE AS DROGAS.**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Hermes Machado da Fonseca

JUIZ DE FORA – MG

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

Jonas Martins Coelho

Aluno

Despenalização ou Discriminalização do art. 28
da Lei 11.343/06? Aspectos jurídicos da Política
Criminal Brasileira no Combate as drogas.
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Hermes Machado da Fonseca
Orientador

Profa. Luciana Maciel Braga Carmo
Membro 1

Profa. Inês Scassa Afonso Neto / Inês A. A.
Membro 2

Aprovada em 26/10/2022.

Dedico esse trabalho a Deus e a minha família por me apoiarem nesta caminhada, me dando forças para buscar a realização dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por estar sempre presente em minha vida, e por atender as minhas orações, principalmente pela proteção diária, pois sem ele nada seria possível.

Agradeço ao meu pai Antônio Martins Coelho (in memoriam) e a minha mãe Lucia Maria Tagliatti Coelho, no qual foram responsáveis pelos meus valores de vida, e que foram fundamentais para o meu desenvolvimento pessoal, profissional e como pai, através de seus ensinamentos, que foram de suma importância para que eu alcançasse êxito nessa graduação.

As minhas irmãs Joseane e Jordana e aos meus cunhados Eliomar e Rafael, por serem pessoas especiais, e que sempre estiveram presentes me apoiando em todos os meus projetos, contribuindo para a minha realização profissional.

Ao meu filho Isaque e sobrinhos: Ana Carolina, Gustavo, Gabriel, Guilherme, Ana Luiza e Miguel, que são os amores da minha vida.

Ao minha esposa Elaine, por todo companheirismo e amor, e por estar sempre do meu lado nos momentos difíceis.

Aos meus amigos da faculdade, por todos os momentos compartilhados, tornando nosso ambiente acadêmico muito mais divertido, em especial aos amigos Rafael Luís, Gabriel Paulo, Guilherme Petrato, Gabriel Fernandes e Marcio Vinícius

Ao meu querido professor e orientador Hermes Machado da Fonseca, por estar sempre disposto a ajudar e por todas as ideias que agregaram na confecção do TCC.

RESUMO

Esse trabalho de conclusão de curso visa analisar a questão sobre a despenalização ou descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, especificado no art. 28 da lei nº 11.343 / 2006. Que foi implementado através do Sistema Nacional de Políticas Públicas. A nova lei de drogas visou ser mais severa para a figura do traficante e tornando-se mais branda para a figura do usuário de drogas. Essa situação, gerou uma grande discussão entre a jurisprudência e doutrina, se teria ocorrido a descriminalização da conduta de porte de drogas para o consumo pessoal. Já que, o art. 28 da lei 11.343 / 2006 prevê apenas as penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Retirando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade (detenção e reclusão) que era imposta pelo art. 16 da lei 6.368/1976. O objetivo do trabalho de conclusão de curso é analisar a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/06, trazendo o posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema proposto. Visa também, elucidar a questão sobre a possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo próprio e se o crime previsto no art. 28 da lei 11.343 / 06, geraria reincidência e maus antecedentes para o autor, após condenação transitado em julgado. No trabalho utilizou-se de revisão bibliográfica para solucionar o tema proposto.

Palavras-Chave: Despenalização. Descriminalização. Lei de drogas. Direito penal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A LEI DE DROGAS – ART. 28 lei 11.343/06	10
2.1. Da Descriminalização	14
2.2 Da Despenalização	16
2.3 Diferenciação do usuário e traficante	17
3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA POLICITA CRIMINAL BRASILEIRA NA LEI DE DROGAS	22
3.1. Posicionamento do STF	26
4 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	31
4.1. O princípio da insignificância pode ser aplicado no crime previsto pelo art 28 da lei 11.343 / 2006?	32
4.2 Reincidência no artigo 28 da lei 11.343 / 2006	37
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, traz em pauta as discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343 / 2006, que trata do usuário de drogas, onde o referido artigo não trouxe a possibilidade de aplicação de penas privativas de direito, sendo imposto somente penas alternativas para o indivíduo que cometa o crime de porte de substâncias entorpecentes.

Nota-se, que o usuário de drogas é visto como uma pessoa doente e que necessita de tratamento médico e ambulatorial. Portanto, não há de se falar em punição para o indivíduo que porte drogas para o consumo próprio. A lei 11.343 / 2006 foi implementada pelo Governo Brasileiro através de uma política de saúde pública, com intuito de combater o aumento de consumo de drogas pela sociedade.

Logo, discute-se se com o advento da lei 11.343 / 2006, especificamente no art. 28, se teria ocasionado a descriminalização ou despenalização do delito? Já que o referido artigo visa punir o usuário de drogas, apenas com penas alternativas, não sendo previsto nenhuma pena de reclusão e detenção.

Portanto, o trabalho de conclusão de curso foi dividido em três capítulos para elucidar o tema proposto:

O primeiro capítulo, fala sobre a lei de drogas, mais especificamente sobre o art. 28 da lei 11.343/06. Trazendo, o entendimento jurisprudencial e doutrinário com relação a questão da descriminalização ou despenalização do delito de uso e porte de drogas para o consumo próprio, realizando também, a diferenciação da figura do usuário para o traficante de drogas.

O segundo Capítulo, fala sobre os efeitos jurídicos que ocorreram com o advento do art. 28 da lei 11.343/06, onde é demonstrado as três correntes sobre o tema proposto. Sendo trazido ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos jurídicos do art. 28 da lei 11.343 / 2006.

O terceiro capítulo, fala se é possível a aplicação do princípio da insignificância no crime previsto pelo art. 28 da lei 11. 3434 / 2006. E se o crime de porte de drogas para consumo próprio, depois da condenação transitado em julgado, se geraria reincidência e maus antecedentes para o usuário de drogas.

Permite-se concluir, que o art. 28 da lei 11.343 / 2006, gerou apenas uma mera despenalização, contudo, não ocorreu a descriminalização da conduta de portar drogas para consumo próprio.

Portanto, o princípio da insignificância não é aplicado no crime previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006, conforme os Tribunais Superiores, pois entendem, que se fosse aplicado o princípio da insignificância nos crimes de drogas, essa situação, estaria descriminalizando o fato típico.

2 A LEI DE DROGAS – ART. 28 DA LEI 11.343/06

A nova lei de drogas foi implementada devido à preocupação da sociedade e do Governo Brasileiro com a política de saúde pública, por causa, do aumento de pessoas fazendo uso de drogas, situação que geraria graves risco a saúde das pessoas, e conseqüentemente, riscos para a sociedade, que se tornam vítimas dos usuários de drogas, que para manterem o seu vício cometem os crimes de furtos e roubos.

Cleber Masson (2019, p. 112) ensina que “Os crimes tipificados na Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas são de perigo abstrato (ou presumido) e tutelam a saúde pública. [...]”.

Conforme a lei de drogas, portar drogas para o consumo próprio, configura crime de perigo abstrato, sendo necessário que comprove que houve risco para a saúde pública, que é o bem jurídico tutelado.

A nova lei de drogas, trata-se de uma norma penal em branco, já que não trouxe no parágrafo único do art. 1º da lei 11.343 / 2006, o conceito de drogas. Portanto, o conceito é dado por outra lei e tem que ser atualizado regularmente à medida que novas drogas surgem na sociedade.

Veja:

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

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

Contudo o art. 66 da lei 11.343 / 2006, fala o que denominam-se drogas: substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que tem como responsabilidade atualizar as listas de substâncias ilegais, previstas na Portaria nº 344 do Ministério da Saúde.

Humberto Barrionuevo Fabretti (2019, p. 273) leciona que:

[...] no nosso ordenamento jurídico exemplo de *novatio legis in melius*, realizado pela Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que alterou para melhor a situação do usuário de drogas. A antiga lei de tóxicos – 6.368/1976 – cuidava do usuário em seu art. 16, que contava com a seguinte redação:

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

Nota-se, que de acordo com o artigo 16 da lei 6.368/76, quando um usuário de drogas fosse preso pela polícia militar, o usuário estaria sujeito a pena de detenção de 06 meses a 02 anos.

Antes da atual lei, foi promulgado a lei 10.259/01 que instituiu o Juizado Especial Criminal Federal e revogou a parte da lei 6.368/78 no que se refere ao procedimento judicial e quanto aos crimes ainda permaneceram na lei 6.368/78 no art. 16, que previa pena privativa de liberdade para o usuário de drogas de 06 meses a 2 anos. Contudo, o art. 33 do Código Penal menciona, que são penas privativas de liberdade (reclusão e detenção). Porém, o art. 28 da lei de drogas traz a previsão das penas alternativas (restritivas de direito e multa), cite: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, para punir o usuário de drogas.

Corroborando para este entendimento Fernando Capez (2018, p. 603) leciona que:

[...] a conduta passou a ser objeto do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, a qual vedou a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário, impondo-lhe, no entanto, medidas educativas (advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo). [...].

Percebe-se, que no art 28 da lei 11.343 / 2006, o legislador buscando tutelar a saúde pública, trouxe formas de punição mais brandas para o usuário de drogas, gerando uma sensação de impunidade para o usuário e para a sociedade de modo geral.

Observe:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

Nota-se, que o art. 28, fala nos seus parágrafos que incorrerá nas mesmas penas as pessoas que semeiam ou cultivam drogas para consumo próprio. Logo, a Polícia Militar, ou Delegado de Polícia, ou Ministério Público e o Juiz, podem especificar se a quantidade apreendida de drogas é para consumo próprio ou se configuraria tráfico de drogas, utilizando-se de um critério subjetivo de análise.

As penas previstas nos incisos II e III serão aplicadas no período de 5 meses, e se houver reincidência, este prazo pode ser prorrogado para o período de 10 meses. Contudo, a informação dos locais onde o usuário de drogas prestará o serviço comunitário estará especificado no parágrafo 5º.

Verifica-se o parágrafo 6º, que traz a possibilidade de punir o usuário que recusar a cumprir as penas educativa. Portanto, gera a possibilidade do juiz aplicar a admoestação verbal, que seria uma advertência verbal ao usuário de drogas que deixou de cumprir as penas prevista no art. 28. Logo, tal situação pode gerar a aplicação de multa. Esta multa consiste numa quantia que será fixada na sentença e é calculada em dias-multas, no mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa, que será pago para o fundo penitenciário. Conforme art. 49 do Código Penal.

Nucci (2017, p. 34) explica que:

[...] a Lei 11.343/2006 houve por bem conceder ao usuário de drogas, aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo substâncias entorpecentes ilícitas, *para consumo pessoal* (art. 28), um benefício sem precedente. Aboliu, por completo, a pena privativa de liberdade. Manteve a figura delituosa e as penas, porém todas elas dizem respeito a restrição de direitos ou pagamento de multa. Não mais vai ao cárcere o usuário. Continua a ser crime trazer consigo droga, sem autorização, para consumo pessoal, mas com penas brandas. [...]

Humberto Barrionuevo Fabretti (2019, p. 274)

Apenas a título de esclarecimento, esse abrandamento ao tratamento dado ao usuário é reflexo da alteração da política de combate às drogas, efetivada pela atual lei, que não mais vê o usuário como um criminoso, mas sim como portador de uma doença e uma pessoa que precisa de auxílio no combate ao seu vício. O usuário não é mais visto como um problema de polícia, mas sim como um problema de saúde pública.

Percebe-se que, de acordo com a Política nacional o usuário de substâncias entorpecentes sempre foi um problema da saúde pública, portanto, deve ser visto como uma pessoa doente, que necessita de ajuda para superar o vício.

2.1 Da descriminalização

Pacelli e Callegari (2019, p. 216) ensinam que “[...] descriminalizar *não é legalizar!* Pode-se, em tese, afastar o Direito Penal e manter-se a ilicitude do comportamento.”

Paulo Queiroz (2010, não paginado) leciona que:

Descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação juridico-penalmente irrelevante; já a despenalização – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito etc.). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa.

O art. 28 da lei 11.343 / 2006, quando trouxe a previsão de penas educativas, ao invés de penas privativa de liberdade, gerou uma grande discussão, se esta conduta teria descriminalizado o crime de uso de drogas. Sendo criado três vertentes.

A primeira vertente: acha que a conduta descrita no art. 28 seria uma infração ‘*sui generis*’, por ter ocorrido uma descriminalização formal da conduta criminosa. Portanto, o porte de drogas para o consumo próprio não estaria nos moldes do conceito de crime e de contravenção penal.

A segunda vertente, fala que houve uma descriminalização substancial, que seria um *abolitio criminis*, onde o art. 28 não faria parte do Direito Penal, nem do Direito Administrativo, logo, a conduta descrita no art. 28 passaria a pertencer ao Direito Judicial sancionador.

Bitencourt (2012, p. 272) leciona que:

[...] “O art. 28 não pertence ao Direito Penal, sim, é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados). Houve descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*)” [...]

A terceira vertente, que é a majoritária no nosso ordenamento Jurídico, entende que o art. 28 apresenta o status de crime, pois não houve a liberação das drogas no Brasil,

contudo, entende-se que houve uma despenalização do delito, quando passou a ser previsto penas educativas, ao invés da pena privativa de liberdade.

O inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, corrobora para o entendimento da terceira vertente.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, **entre outras**, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

[...]

Nucci (2017, p. 34) leciona que:

[...] No sentido de não ter havido nenhum tipo de *abolitio criminis*, vale dizer, continua a ser crime a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, já há decisão do STF: RE 430105 QO-RJ, 1.a T., rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, v.u., *Informativo* 456. No entanto, qualquer pessoa respondendo pelo delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, ou já condenado, como incurso no mesmo artigo, assim que entrou em vigor o art. 28 da Lei 11.343/2006, sem dúvida, deve merecer a imediata aplicação da lei, nesse caso, indiscutivelmente mais favorável. A antiga previsão do art. 16 (detenção, de seis meses a dois anos, e multa) foi transmutada para penas restritivas de direitos ou, no máximo, multa, conforme o atual art. 28.

Logo, o art. 28 da lei 11.343/06 não gerou o *abolitio criminis*, pois manteve a criminalização do delito, já que não é mais previsto a pena privativa de liberdade. Contudo, é notório que houve apenas a despenalização do porte de drogas para consumo próprio. Sendo mantida assim, a natureza de crime.

Nota-se, que o art. 28 da lei 11.343 / 2006, está previsto no Capítulo III - Dos crimes e das penas, do Título III - Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Logo, o art. 28 conforme a lei 11.343 /2006, está inserido na parte textual que trata dos crimes e das penas. Portanto, conforme a lei de drogas o porte de drogas para o consumo próprio é crime, logo, não há possibilidade de falar que houve a descriminalização da conduta.

2.2 Da despenalização

É notório que com o advento da lei 11.343/2006, houve a revogação da lei 6.368 / 1796, devido a previsão de penas educativas ao invés de penas privativas de liberdade.

O art. 28 trouxe como medidas punitivas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Nota-se, que não há previsão de possibilidade de restringir a liberdade do usuário de drogas, demonstrando que a punição do usuário ficou mais branda.

Veja:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

Portanto, com o advento da lei de drogas, houve uma despenalização do crime de portar drogas para consumo próprio, não restando dúvidas que o delito ainda configura como crime, contudo, conta apenas com as penas alternativas para punir o usuário.

2.3 Diferenciação do usuário e traficante conforme a lei 11.343/06

Nota-se que, com o advento da lei 11.343/06, o usuário e o traficante de drogas foram tratados de maneira diferentes. Observe, que para o usuário de drogas é de uma maneira mais branda, já que o art. 28 não trouxe a previsão de penas privativas de direito, e sim, de penas alternativas. Contudo, para o traficante de drogas, o art. 33 já trouxe a previsão de penas mais severas, com previsão de reclusão de 5 a 15 anos.

Usuário de drogas

Conforme a lei de drogas a definição de usuário está prevista no art. 28 da lei 11.343 / 2006.

Portanto, o usuário é a pessoa que compra, guarda ou porta drogas sem autorização para consumo próprio. Ainda, segundo a lei de drogas, não há mais pena privativa de liberdade para o usuário, sendo o mesmo submetido a penas alternativas como: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Antigamente, quando o usuário é abordado pela polícia, portando drogas para o consumo próprio, o mesmo era autuado em flagrante delito, sendo encaminhado a presença do delegado de polícia, e se o autor não tivesse nenhuma pendência era arbitrado a fiança.

Contudo, após o advento da lei de drogas, foi instituído o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), para que fosse tratado de uma forma mais rápida as ocorrências de crime de menor potencial ofensivo, substituindo o inquérito policial através de um relatório sumário.

A definição de infração de menor potencial ofensivo, está prevista no art. 61 da lei 9.099 / 95 onde, “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

O Termo Circunstancia de Ocorrência (TCO) é um registro de boletim de ocorrência, de um delito tipificado como uma infração de menor potencial ofensivo. Onde na ocorrência deve conter o histórico do fato, qualificação dos envolvidos, qual infração foi praticada, testemunhas e todo o tipo de provas. Para que possa subsidiar o Juizado Especial Criminal.

Nota-se que, o Termo Circunstancia de Ocorrência (TCO) possui fundamentos basilares no art. 69 da lei 9.099 / 1995.

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

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Neste sentido, o Art. 69 da lei 9.099 / 1995 gerou um conflito, pois parte da doutrina e da jurisprudência entende que a autoridade policial citada no referido artigo, seria o Delegado de Polícia, já que o TCO é um procedimento de natureza administrativa.

Contudo, a outra parte da doutrina e da jurisprudência, defende que o termo 'autoridade policial' que foi utilizado no art 69 da lei 9.099 / 1995, não refere-se apenas ao Delegado de Polícia, e sim de uma maneira mais ampla a todo Policial.

Portanto, nos dias atuais é possível a confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela Polícia Militar, sem que configure usurpação de função do Delegado de Polícia. Busca-se, apenas a celeridade e efetividade nas atividades policiais, bem como, reduzir as demandas a cargo do Delegado de Polícia, possibilitando que a polícia civil possa focar realmente nos crimes de maior potencial ofensivo.

Dessa forma, quando uma pessoa é presa por uso ou porte de drogas para consumo próprio, o policial deverá dar voz em prisão em flagrante delito, lavrando o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), encaminhando o mesmo para o posto policial, onde o preso deverá assinar o termo de compromisso de comparecimento na audiência em Juízo no Juizado Especial Criminal – JECRIM conforme data marcada, por ser tratar de um crime de menor potencial ofensivo conforme a lei 9.099/95. Sendo o mesmo liberado após a assinatura.

Embora o usuário de drogas tenha várias passagens pelo art 28 da lei 11.343 / 2006, ele nunca poderá ir para a cadeia, já que não há previsão de penas restritivas de liberdade (reclusão ou detenção) no tipo penal. Portanto, o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) permite a transação penal segundo art. 76 da lei 9.099/95, onde o autor firma um

acordo com o Ministério Público, para que seja antecipada a aplicação da sua pena e que o processo seja arquivado. O autor não admite culpa e continua sendo réu primário e sem possuir antecedentes criminais. É previsto para acusações de crimes onde a pena é de até 2 anos.

Observe:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

O art. 89 da lei 9099/95 prevê sursis processual, que é um benefício oferecido pelo Ministério Público, onde se o autor aceitar cumprir as condições que serão impostar pelo Juiz e a punibilidade será extinta e se o autor não aceitar o o processo prosseguirá. Este benefício é previsto para acusações de crime que a pena seja igual ou inferior a 1 ano.

Veja:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Traficante de drogas

Conforme a lei de drogas no art. 33, explica que traficante é quem vende, compra, produz, guarda, transporta, importa, exporta, oferece ou entrega para consumo, mesmo que de graça, dentre outras condutas. Pena: 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de multa de 500 à 1500 dias-multa.

O indivíduo ao ser abordado pela polícia, e sendo constatado em sua posse, uma quantidade significativa de drogas, ao mesmo será dada voz de prisão em flagrante delito por tráfico de drogas, sendo ele encaminhado para a presença do Delegado de Polícia, que ira analisar sobre a questão de ratificação ou não do delito.

Porém, a lei de drogas não trouxe uma explicação de maneira clara, quanto a diferenciação entre traficante e usuário de drogas, ficando essa diferenciação de uma maneira subjetiva. Logo, cabe ao juiz verificar através do Boletim de Ocorrência ou testemunhas: a quantidade de droga apreendida, o local que o autor foi preso, o contexto e os antecedentes do autor, para poder dizer se aquela situação configura como traficante ou como usuário de drogas o autor do delito.

Conforme o art. 28, parágrafo 2º da lei 11.343/06, cabe ao juiz verificar se a droga apreendida é para consumo pessoal ou se configura tráfico de drogas.

[...] § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. [...]

A Lei de Drogas em sua redação, fala que a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), através das listas nos anexos finais da portaria 344 de 12 de maio de 1998, irá especificar quais as substancias que serão classificadas como drogas.

3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA NA LEI DE DROGAS

Nota-se, que com o advento da nova lei de drogas, ocorreu uma grande discussão, se teria ocorrido a despenalização ou descriminalização do usuário de drogas, que está previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006, já que o referido artigo não traz a previsão de pena privativa de liberdade e sim de penas alternativas.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

O Governo Brasileiro através da política de combate as drogas, constatou que houve um significativo aumento de pessoas que estão fazendo o consumo de substâncias entorpecentes. Gerando um aumento da criminalidade, por ser uma situação diretamente relacionada ao uso de drogas, houve o aumento dos roubos, furtos, homicídios, dentre outros crimes. Em vista disso, nota-se que o uso de drogas tem gerado graves problemas para toda a sociedade, portanto, esta situação não é apenas problema da segurança pública, mais também, da saúde pública.

Cleber Masson (2019, p. 113) ensina que:

[...] o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde 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. [...]

A questão sobre a descriminalização ou despenalização do art. 28 da lei de drogas, é o grande motivo das divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Logo, essa questão gerou

a concepção de três correntes, quanto aos seus efeitos jurídicos do porte de drogas para consumo próprio.

A primeira corrente entende que ocorreu uma ‘descriminalização substancial’ ou seja, teria ocorrido a ‘*abolitio criminis*’ do porte de drogas para consumo próprio, devido o art. 28 da lei 11.343 / 2006 prever apenas as penas alternativas, e por não trazer a possibilidade de aplicação das penas privativas de liberdade.

Essa corrente entende, que o art. 28 não faz parte do Direito Penal e nem do Direito Administrativo. Logo, o Direito Judicial Sancionador, seria o responsável pelo delito previsto pelo no art. 28 da lei de drogas, seja quando a sanção alternativa for fixada em transação penal, ou quando for imposta em sentença final, durante o procedimento sumaríssimo da lei dos Juizados Especiais Criminais.

Portanto, os apoiadores dessa corrente entendem que para um delito ser considerado um crime, tem que haver a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade.

Para esta corrente, o usuário de drogas é apenas uma pessoa doente, que precisa apenas de tratamento médico e ambulatorial, para poder superar o vício. Portanto, para eles, a simples conduta de portar drogas para o consumo próprio não afetaria a saúde da sociedade, por isso, seria desumano submeter os usuários de drogas a punições por auto lesão.

A segunda corrente entende que o art. 28 da lei 11.343 / 2006, gerou a descriminalização do delito, por não prever a pena de reclusão e detenção. Se tornando assim uma infração *sui generis*, ou seja, uma conduta contrária ao direito, uma vez que, teria sido mantida a ilicitude da conduta, porém, deixou de ser uma infração penal.

Essa corrente tem como apoiadores principais, os doutrinadores Luiz Flavio Gomes e Rogério Santis Cunha, que defendem que houve a descriminalização da conduta tipificada no art. 28 da lei 11.343 / 2006, devido não haver previsão de penas de reclusão e detenção. Para eles, para ser definido como crime tem que haver previsao de penas de detenção e reclusão.

Os apoiadores dessa corrente, baseiam-se no art. 1º do **decreto lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941** Lei de introdução ao Código Penal (LICP), que fala o seguinte:

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

Para esses doutrinadores, conforme o art. 1º da lei de Introdução ao Código Penal, explica que crime é toda conduta que é punido com reclusão e detenção ou contravenção penal que é punido com prisão simples ou multa. Portanto, já que não há previsão de penas privativas de liberdade no art. 28 da lei 11.343 / 06. O crime de porte de substancias entorpecentes para o consumo próprio, seria apenas uma infração *sui generis*.

Cleber Masson (2019, p.315-316) corrobora para este entendimento, lecionando que:

Há posicionamento no sentido de que, como não foram previstas penas de reclusão ou de detenção, não se trata de crime, e, estando ausentes as penas de prisão simples ou multa, também não configura contravenção penal, com fundamento no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal. Seria, residualmente, um ilícito penal *sui generis*.

Para esta corrente, a nova lei de drogas retirou o caráter de crime do art. 28 da lei 11.343 / 2006, por não haver mais a possibilidade de pena privativa de liberdade. Logo, o indivíduo preso, por ter em sua posse uma porção de substancia entorpecente para consumo próprio, não estaria cometendo o crime previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006, mesmo que a substancia entorpecente não esteja legalizada.

A terceira corrente é a mais aceita, portanto os apoiadores dessa corrente entendem que não houve descriminalização do delito de porte de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, já que não depende de uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, para que seja caracterizado a conduta ilegal.

Cesar Dario Mariano da Silva (2016, p. 43) ensina que, a natureza jurídica do art. 28 da lei 11.343/06.

Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano.

Nucci (2017, p. 482) também possui o mesmo entendimento e leciona que:

[...] perigo abstrato: os delitos de tráfico e porte de entorpecentes (arts. 33 e 28 da Lei de Drogas) consistem em punir o sujeito que traz consigo substância entorpecente, porque tal conduta quer dizer um perigo para a saúde pública. Assim, para a tipificação desses delitos, basta a acusação fazer prova do fato (estar portando a droga), prescindindo-se da prova do perigo, que é presumido. [...]

Nota-se que, os apoiadores dessa vertente, entendem que não houve uma descriminalização, sendo mantido assim, o *status crime* do uso de drogas. Portanto, para eles, ocorreu apenas uma mera despenalização da conduta do uso de drogas, devido o art. 28 da lei 11.343 / 2006 não prever penas de reclusão e detenção.

Rogério Greco (2017, p. 132) leciona que:

[...] o atual art. 28 da referida lei ainda incrimina a conduta de consumir drogas. O que houve, na verdade, foi uma *despenalização*⁴, melhor dizendo, uma medida tão somente *descarcerizadora*, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade do usuário, sendo, inclusive, proibida sua prisão em flagrante, conforme se deduz da redação constante do § 2º do art. 48 da Lei Antidrogas.

Corroborando para o entendimento de Rogério Greco, Cleber Masson (2019, p. 316) leciona que houve:

[...] **a manutenção do caráter criminoso da conduta**, com a cominação das penas previstas em lei. Cuida-se da posição amplamente dominante, e a ela nos filiamos.⁴ Essa vertente apresenta diversos argumentos para justificar a existência de crime no art. 28 da Lei de Drogas, quais sejam:

- a) A lei, ao tratar do tema, classificou a conduta como crime;
- b) O processo e julgamento devem observar o rito do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/1995), reservado para as infrações penais de menor potencial ofensivo;
- c) No tocante à prescrição, o art. 30 da Lei de Drogas determina a aplicação das regras estabelecidas pelos arts. 107 e seguintes do Código Penal, reservadas às infrações penais;
- d) A finalidade do art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal era apenas diferenciar os crimes das contravenções penais, uma vez que tais diplomas legais passaram a vigorar simultaneamente em 1.º de janeiro de 1942;
- e) A Lei de Introdução ao Código Penal pode ser modificada por outra lei ordinária, como aconteceu com a Lei de Drogas; e
- f) Não existiam penas alternativas quando foi editada a Lei de Introdução ao Código Penal. (MASSON, 2019, p. 316, grifo do autor)

Nota-se que, no entendimento de Masson, não houve descriminalização do art. 28 da lei de drogas, já que o crime de portar drogas para o consumo próprio, foi inserido pelo legislador no capítulo III que fala sobre os crimes e as penas. E que as penas alternativas do art. 28 seriam aplicadas somente pelo Juizado Especial Criminal (JECRIM).

Portanto, a nova lei de drogas não descriminalizou o crime previsto pelo art. 28, ocasionando apenas a despenalização, devido não haver mais a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade,

3.1 Posicionamento Jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal através da 1ª Turma, tratou do assunto referente ao art. 28 da lei 11.343 / 2006, em fevereiro de 2007, quando apreciou o RE 430105/QO/RJ tendo como relator o Min. Sepúlveda Pertence, que teve o seguinte entendimento. Que a nova lei de drogas não gerou o *abolitio criminis*, portanto não houve a descriminalização do delito de posse de drogas para o consumo pessoal. Logo, a nova lei acarretou somente a

despenalização do delito, já que afastou a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade (reclusão e detenção).

Cite:

EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF, 1º Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Nota-se que, o Supremo Tribunal Federal (STF) conforme o RE 430150/ QO/RJ, entendeu que não houve a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, entendendo apenas, que ocorreu a despenalização da conduta.

Baseando-se que o conceito do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal teria sido superado pelo art. 5º inciso XLVI da Constituição Federal, que prevê pena de multa e prestação social alternativa.

Art. 5º. XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

[...]

c) multa;

d) prestação social alternativa;

[...]

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ), conforme a jurisprudência em tese n. 45, 1. (2015, p.1) Entende que “Com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.”

O Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 148484 / AgR / SP – São Paulo, onde o relator Min. Celso de Mello, posicionou-se, que não houve o *abolitio criminis*, ou seja, a natureza do crime ainda foi mantida. Portanto, para o Ministro Celso de Mello, só teria ocorrido a despenalização da conduta de posse de drogas para uso pessoal.

Veja:

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

Nota-se, que os tribunais possuem um entendimento pacífico quanto a não descriminalização do art. 28 da lei 11.343 / 2006, posicionando-se que houve apenas a mera

despenalização da conduta, quando foi retirado a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade.

Contudo, em 20 de agosto de 2015, teve o início o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, onde está em pauta a inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343 / 2006, que criminaliza o porte de pequenas quantidade de drogas para o consumo próprio.

Em junho de 2019, iniciou-se novamente a votação sobre a descriminalização do consumo de drogas, onde três ministros já proferiram os seus votos, a favor da descriminalização do art. 28 da lei 11.343 / 2006, ou seja, que o art. 28 é inconstitucional.

Essa situação, tem gerado uma repercussão na sociedade, já que se a decisão do Supremo Tribunal Federal for a favor da descriminalização do uso de drogas, geraria efeitos em todos os processos que tramitam no Brasil.

O Min. Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343 / 2006, portanto, a favor da descriminalização da conduta. O Ministro ainda em seu voto, é contra as punições penais, sendo a favor de punições administrativas para o usuário de drogas.

Já os Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, também votaram a favor da inconstitucionalidade do art. 28 da lei de drogas, porém limitaram seus votos, ao porte da maconha, e não a todas as substâncias entorpecentes. O recurso extraordinário ainda não foi avaliado pelo plenário do STF.

Portanto, o art. 28 da lei 11.343 / 2006 não foi descriminalizado até o momento, no entanto, ocorreu apenas a despenalização do delito.

Contudo, esta situação pode gerar consequências secundárias, já que segundo o Superior Tribunal de Justiça (2015, p. 1) entende que “A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento legal idôneo para majorar a pena.”.

Percebe-se, que quando uma pessoa é condenada com transito em julgado pelo crime de portar drogas para o consumo próprio, apesar de não haver nenhuma consequência criminal, o autor estaria perdendo a sua condição de primário, o que acarretaria consequências secundárias se o autor for condenado em crimes posteriores.

Pode-se concluir que o STF e o STJ, possuem o entendimento, que não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para o consumo próprio, previsto no artigo 28 da lei 11.343 / 2006, ocorrendo apenas a despenalização do delito.

4 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância também é conhecido como crime de bagatela, significa que o Direito Penal não deve se ocupar com os assuntos irrelevantes, que são incapazes de lesar o bem jurídico.

Segundo Bitencourt (2012, p. 27):

[...] a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida [...]

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, trouxe os requisitos que constituem de maneira objetiva a aplicação do princípio da insignificância: a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

O STF Reconheceu, que o caráter subsidiário do direito penal urge e impõe, a intervenção do Poder Público, em razão dos próprios objetivos por ele visados. Segundo Jusbrasil:

[...] o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, em matéria penal - tem como objetivo excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada [...] (2004, não paginado).

Nota-se, que o princípio da Insignificância por ser extremamente relevante, não há de se falar em privação de liberdade ou de restringir os direitos dos cidadãos, por terem praticado condutas insignificantes, frente ao bem jurídico tutelado. E que o Estado deve intervir o mínimo possível, devendo ocupar-se somente com as lesões realmente significativas.

Para Cesar Dário Mariano da Silva (2016, p. 56) leciona que:

A insignificância da lesão deve ser aferida pela consideração de todo o contexto da ordem jurídica vigente. Não basta, apenas, a insignificância do objeto jurídico ou material tutelado pela norma, mas o grau de intensidade que esses bens jurídicos são atingidos pela conduta.

O princípio da insignificância fala que se um crime é irrelevante, ou seja, o resultado não está substancialmente relacionado, portanto a tipicidade é removida, então não há necessidade de falar em crime.

4.1 O princípio da insignificância pode ser aplicado no crime de porte de drogas para consumo próprio, previsto pelo art 28 da lei 11.343 / 06?

Esse tema é complexo, já que comporta vários posicionamentos na jurisprudência. O princípio da insignificância visa excluir a ilicitude material do delito. Este princípio já é aceito em várias hipóteses de infrações penais, pelos Tribunais Superiores. Contudo, a aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para o consumo próprio, previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006, gera uma divergência na jurisprudência. Onde consta-se duas correntes sobre o assunto.

A primeira corrente, entende que o princípio da insignificância não pode ser aplicado no crime de porte de drogas para o consumo próprio, previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006, trata-se de um crime formal e crime de perigo abstrato ou presumido.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tem o entendimento de que o porte de pequena quantidade de substância entorpecente já caracteriza o delito, razão pela qual, o princípio da insignificância não poderá ser aplicado.

Conforme AgRg no AREsp 1093488 / RS:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. (STJ, AgRg no AREsp 1093488/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18.12.2017. No mesmo sentido, STJ, RHC 34.446/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 27.05.2013.)

Nota-se, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), trouxe um entendimento pacífico nas jurisprudências em teses n. 45. 3 (2015, p. 2) onde lecionam que: “O princípio da insignificância não se aplica aos delitos de tráfico de drogas e porte de substância entorpecente para consumo próprio, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido.”

A 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, relator George Lopes e revisora Sandra de Santis, no acórdão 993612 / 2016. Também, entende que não é possível a aplicação do princípio da Insignificância no crime de porte de drogas para o consumo próprio.

Veja:

PENAL. PORTE DE DROGA PARA AUTOCONSUMO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1 Ré absolvida da imputação de infringir o artigo 28 da Lei 11.343/2006, com base no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, depois de ter sido presa em flagrante na posse de ínfima porção de crack. 2 O princípio da insignificância não se aplica ao crime de porte de droga para consumo próprio. Um dos elementos constitutivos do tipo é justamente a pouca quantidade da droga apreendida, o que a distingue do tráfico. 3 Provimento da apelação acusatória. (Acórdão 993612, 20160110653852APR, Relator: GEORGE LOPES, , Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 9/2/2017, publicado no DJE: 14/2/2017. Pág.: 135/147)

Percebe-se, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de substâncias entorpecentes para o consumo pessoal, previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006. Tem apoio de alguns doutrinadores. Cite:

Cleber Masson (2019, p. 112) leciona que:

Os crimes tipificados na Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas são de perigo abstrato (ou presumido) e tutelam a saúde pública. No tráfico de drogas, delito constitucionalmente equiparado a hediondo, é indiscutível a inadmissibilidade do princípio da insignificância. E igual raciocínio deve ser utilizado na posse de droga para consumo pessoal, pois entendimento diverso seria equivalente a descriminalizar, contra o espírito da lei, o porte de pequenas quantidades de drogas. [...]

Rogério Greco (2017, p. 24), ratifica o entendimento do Masson, quando traz em sua obra três julgados do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), para explicar que não é possível aplicar o princípio da insignificância no crime de porte de drogas para o consumo próprio.

Cite:

Esta Corte Superior de Justiça há muito consolidou seu entendimento no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde pública, sendo o delito de perigo abstrato, afigurando-se irrelevante a quantidade de droga apreendida (STJ, AgRg no REsp 1.578.209/SC, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., DJe 27/06/2016).

A alegação de que a quantidade de drogas apreendidas é ínfima não resulta, por si só, na absolvição do acusado pelo delito descrito no art. 33 da Lei n° 11.343/2006, crime de perigo abstrato sobre o qual não incide o princípio da insignificância (STJ, HC 135.508/ES, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6^a T., DJe 21/06/2016).

Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante (STJ, HC 195.985/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6^a T., DJe 18/06/2015).

Cesar Dário Mariano da Silva (2016, p 57), também entende que não se aplica o princípio da insignificância.

É nesse sentido, aliás, o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida” (AgRg no REsp 1442224/SP, 6ª turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. 24.05.2016).

Percebe-se, que uma grande parte da doutrina e da jurisprudência, entende que é inadmissível a aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de substâncias entorpecentes para o consumo próprio, previsto no artigo 28 da lei 11.3443 / 2006, por se tratar de um crime de perigo presumido ou abstrato.

A segunda corrente, entende que o princípio da insignificância, pode ser aplicado no crime de porte de drogas para o consumo próprio, desde que sejam atendidos os requisitos: a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Entendimento, corroborado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC 110.475 / SC, onde o relator Min. Dias Toffoli foi a favor da aplicação do princípio da insignificância no delito previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006. Cite:

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.

(HC 110475, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012 RB v. 24, n. 580, 2012, p. 53-58).

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 15 de setembro de 2021, por empate da votação e aplicação do *in dubio pro reo*, acabou sendo concedido o Habeas Corpus 202.883 AgR, para um indivíduo que teria cometido o crime de porte de substâncias entorpecentes para consumo próprio, conforme art. 28 da lei 11.343 / 2006. Onde o indivíduo estava portando um cigarro de substância semelhante a maconha de 1,8 grama, que seria uma quantidade ínfima de substâncias entorpecentes para consumo próprio, logo, tal conduta não afetaria o bem jurídico tutelado, tornando possível a aplicação do princípio da insignificância.

Observe-se:

Penal e processual penal. Habeas corpus. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em porte de entorpecentes para consumo pessoal. 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. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada.

(HC 202883 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 17-09-2021 PUBLIC 20-09-2021)

Para os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Edson Fachin, a questão do indivíduo portar uma quantidade ínfima de drogas para o consumo pessoal, não geraria perigo ao objeto jurídico tutelado, que seria a saúde pública. Portanto, a tipicidade material do tipo penal previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006 seria afastada. Já os ministros Ricardo Lewandowski e Nunes Marques, votaram contra a aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas, por se tratar de um crime de perigo abstrato ou presumido.

Nota-se que ainda é uma questão que gera uma grande repercussão entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, já que, alguns ministros entendem que se for concedido o princípio da insignificância para o indivíduo que porte uma quantidade ínfima de drogas, isso estaria gerando a descriminalização do art. 28 da lei 11.343 / 2006.

4.2 Reincidência no artigo 28 da lei 11.343 / 2006

O conceito de reincidência está previsto no art. 63 do Código penal, “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”.

Cesar Dario Mariano da Silva (2016, p. 58) leciona que:

O artigo 63 do Código Penal diz que será considerado reincidente aquele que cometer novo crime, depois do trânsito em julgado da sentença que o houver condenado, no Brasil ou no exterior, pela prática de crime anterior.

Assim, como essa conduta é considerada crime, poderá gerar a reincidência e, inclusive, impedir a aplicação de benefícios legais em que ela é óbice.

Sobre o tema, pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Constatada a existência de condenação anterior e definitiva em desfavor do recorrido pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, fica caracterizada a reincidência e não é possível a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por expressa vedação legal” (REsp 1500884/SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, v.u., j. 24.11.2015. HC 239982/SP, 5ª Turma, rel. Marilza Maynard, v.u., j. 04.06.2013).

Portanto, o réu se torna reincidente, quando volta a praticar um novo crime, depois de condenação transitado em julgado, seja no Brasil ou no exterior.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) em suas jurisprudências em teses nº 45. 2 (2015, p. 1) leciona que “A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 gera reincidência e maus antecedentes, sendo fundamento legal idôneo para majorar a pena.”

O Superior Tribunal de Justiça entende que, quando o autor é condenado anteriormente pelo crime previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006, isso não configuraria reincidência. O STJ baseiam seu entendimento, sobre a contravenção penal, que tem como punição apenas a prisão simples, e por isso não configura a reincidência. Portanto, o art. 28 da lei de drogas, por ter previsão apenas de sanções mais brandas, já que prevê apenas de penas alternativas, não configuraria reincidência.

Entendimento corroborado no *Habeas Corpus* nº 453.437 - SP (2018/0135290-0),

cite:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

(HC n. 453.437/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/10/2018, DJe de 15/10/2018.)

O STJ também trouxe o entendimento acima no Resp 1672654 / SP (2917/0122665-7), observe:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

[...]

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

[...]

(REsp n. 1.672.654/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe de 30/8/2018.)

O Superior Tribunal de Justiça, possui o entendimento de que, quando o indivíduo é condenado em transito e julgado pelo crime de porte de drogas, previsto no art. 28 da lei 11.343/06, tal conduta não configuraria reincidência.

Nota-se, que a reincidência gera consequências secundárias para o autor e maus antecedentes, que seria: a reincidência é circunstancia agravante de pena; Impede a substituição da pena privativa de liberdade pra restritiva de direito; se for por crime doloso, impede o sursis (art. 77, I do Código Penal); e impede o livramento condicional quando houver reincidência específica em crime hediondo (artigo 83, V do Código Penal).

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em 26 de julho de 2022 afastou a reincidência do porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da lei 11.343 / 2006 no RHC 178512 AgR.

O tribunal entendeu que a condenação anterior de um indivíduo por porte de substâncias entorpecentes para o consumo próprio, estaria violando o princípio da proporcionalidade. Veja-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA AO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. 3. Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência. 4. Além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre. 5. Cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo. 6. O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal. 7. Agravo regimental desprovido.

(RHC 178512 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 17-06-2022 PUBLIC 20-06-2022)

Nota-se que, o Supremo Tribunal Federal baseou-se que o art. 28 da lei 11.343 / 2006, por não ter a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito (detenção e reclusão), não configura crime, conforme definição do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, e por isso não pode ocasionar reincidência para o autor.

O relator Edson Fachin ainda relatou que não houve o julgamento do RE 635.659, referente a constitucionalidade do art. 28 da lei 11.343 / 2006, portanto, considerar como causa de reincidência, a condenação anterior por porte de drogas para consumo pessoal, seria desproporcional.

5 CONCLUSÃO

A nova lei de drogas (lei 11.343 / 2006), foi instaurada através da política de saúde pública, com o intuito de proteger o usuário de drogas e a sociedade brasileira, devido ter ocorrido um aumento significativo do consumo de substâncias entorpecentes.

Logo, a nova lei de drogas, buscou ser mais branda para a figura do usuário, trazendo apenas as penas educativas para o usuário de drogas, conforme, o art. 28 da lei 11.343 / 2006. Portanto, o usuário de drogas seria apenas uma pessoa doente e necessita de apoio médico e ambulatorial para recuperar-se do vício.

Conclui-se que com advento do art. 28 da lei 11.343 / 2006, o legislador não descriminalizou a conduta de porte de drogas para o consumo próprio, já que, constou o referido artigo no Capítulo III - Dos crimes e das penas, do Título III - Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Contudo, conforme as penas educativas que foram previstas no art. 28 da lei 11.343 / 2006, houve apenas a despenalização da conduta.

Nota-se, que houve o surgimento de três correntes quanto aos efeitos jurídicos do art. 28 da lei 11.343 / 2006. A primeira corrente: entende que houve a descriminalização, que seria o *abolitio criminis*. A segunda corrente: entende que houve a descriminalização por não prever a pena de reclusão e detenção. Se tornando assim uma infração *sui generis* (sem genero), ou seja, uma conduta contrária ao direito. Já a terceira entende que não houve descriminalização da conduta, apenas a despenalização, devido a previsão de penas educativas para o usuário de drogas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) baseia-se no entendimento da terceira corrente, onde o art. 28 da lei 11.343 / 2006, não teria gerado a descriminalização da conduta, e sim, apenas uma mera despenalização.

Pode-se concluir, que a nova lei de drogas não gerou o *abolitio criminis*, em vista disso, não houve a descriminalização do crime de porte de drogas para o consumo próprio. Desta forma, nota-se que a nova lei de drogas gerou apenas a despenalização do delito, uma vez que, foi afastado a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade (reclusão e detenção).

Conclui-se também, que há uma divergencia nos Tribunais Superiores, uma parte entende que, trata-se de um crime de perigo abstrato ou presumido, logo, não é possível a

aplicação do princípio da insignificância nos crimes de drogas, já que o bem jurídico tutelado pela nova lei de drogas é a saúde pública.

Portanto para essa corrente dos Tribunais Superiores, é inadmissível a aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo próprio, mesmo que seja uma quantidade ínfima de droga apreendida com o usuário.

Ja outra parte da jurisprudência, entende que é possível a aplicação do princípio da insignificância, desde que atendam os requisitos: a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica. Que foram estipulados pelo Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento que, quando uma pessoa é condenado por uso de drogas conforme o art. 28 da lei 11.343 / 2006, tal situação não geraria reincidência. Baseiam-se, na contravenção penal, que possui apenas a prisão simples como punição, e por isso não gera reincidência. Logo, como o art. 28 da lei 11.343 / 2006, prevê apenas as penas educativas, não será configurado a reincidência quando o autor for condenado transido em julgado em novo crime.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei Nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 202.883 AgR. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=202883&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF) HC 110.475 / SC. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur205949/false>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AREsp 1093488/RS. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861287149>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1672654 – SP. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271672654%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271672654%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271672654%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271672654%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;re:2007-02-13;430105-3737334>. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas corpus* 148484 / agr / sp: Posse de droga para uso pessoal (Lei nº 11.343/2006, ART. 28). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402714/false>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudências em Teses: Lei de Drogas. Disponível em: <file:///C:/Users/NOTE/Downloads/11292-34987-1-SM.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. TJDF - Tribunal de Justiça Federal e Territórios. Penal. Porte de droga para autoconsumo. inaplicabilidade do princípio da insignificância. Sentença reformada. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 430105 / QO / RJ: Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas). Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20430105%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Habeas Corpus* 453437 – SP. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27453437%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27453437%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27453437%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27453437%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF – *Habeas corpus*: HC 178.152. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/4124253>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev. ampl. atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. v.1.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

QUEIROZ, Paulo. Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização? Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/#:~:text=28%20da%20Lei%20n%C2%B0,aplica%C3%A7%C3%A3o%20de%20pena%20privativa%20da>. Acesso em: 10 ago. 2022.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Atlas. 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada.** 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.