



**(IN)CONSTITUCIONALIDADE E (A)TIPICIDADE MATERIAL DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 2006: UMA ANÁLISE DO DISPOSITIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL**

**UNCONSTITUTIONALITY and atypical ARTICLE 28 OF LAW MATERIAL 11.343 2006: AN ANALYSIS OF THE DEVICE IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES CONSTITUCIONAIS POWER LIMITING EXEMPLARY STATE**

Bruno Maciel Torbes<sup>1</sup>  
Bruna Moraes da Costa Weis<sup>2</sup>

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema subversão aos seus valores fundamentais.” (MELLO, 1986, p. 230).

**RESUMO**

O corrente estudo tem por escopo analisar a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, especialmente quando observado sob o filtro dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal. Dessa maneira, almeja-se chamar o leitor à reflexão acerca da (des)necessidade de movimentar o aparelho de controle social formal para punir os usuários de entorpecentes que portam drogas para uso próprio. Com base na temática proposta pelo presente artigo, essa se utilizará do método hipotético dedutivo como metodologia, inserindo-se na área de concentração **Cidadania, Políticas Públicas e Diálogo entre Culturas Jurídicas**, sob a linha de pesquisa **Controle Social, Segurança Cidadã e Justiça Criminal**, vinculada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

**Palavras-chave:**

Direito Penal. Lei de Tóxicos. Porte de droga para uso próprio. Inconstitucionalidade. Atipicidade Material.

<sup>1</sup> Autor e apresentador. Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: bmtorbes@gmail.com.

<sup>2</sup> Orientadora. Mestre em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Rio Grande – FURG, possui especialização em Ciências Penais e Direito Constitucional ambas pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, especialista em Metodologia do Ensino na Educação Superior e em Sustentabilidade e Políticas Públicas ambas pela Faculdade Internacional de Curitiba – FACINTER. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: bruna\_weis@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2628088228563419>>.



## ABSTRACT:

The current study has the scope to analyze the constitutionality of article 28 of Law 11.343, of 23 August 2006, especially when observed under the filter of constitutional limiting principles of state punitive power. Thus, we aimed to draw the reflection of the reader about the (un) need to move the formal social control apparatus to punish drug users who carry drugs for their own use. Based on the theme proposed by this article, it will be used the hypothetical deductive as methodology method, inserting the concentration area Citizenship, Public Policy and Dialogue between Legal Cultures, under the line of research Social Control, Citizen Security and Criminal Justice, linked to the Graduate Program in Law at the Law School of Santa Maria (FADISMA).

## Key-Words:

Criminal Law. Law of Toxic. Drug porte for own use. Unconstitutional. Atypical material.

## INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas, mais precisamente o seu artigo 28, trata como crime o porte de droga para uso próprio. No entanto, é imprescindível uma análise do mencionado tipo penal à luz dos princípios da Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, exsurge-se a necessidade de, sob uma sensível perspectiva doutrinária e jurisprudencial, realizar o debate acerca da (in)constitucionalidade do referido tipo penal.

Com efeito, o presente trabalho visa ponderar a necessidade de se observar um dispositivo penal à luz dos primados basilares que limitam o poder punitivo estatal, em especial atendendo o que reza o Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da bagatela.

A abordagem está vinculada à área de concentração do Programa de Graduação da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA): **Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas**, abrangendo a linha de pesquisa de Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania, particularmente por tangenciar sobre o (des)respeito ao texto da Lei Maior brasileira e dos princípios limitadores do ordenamento jurídico penal.

## 1. DEBATES ACERCA DO ARTIGO 28 DA LEI DE TOXICOS, LEI Nº 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006

Consoante a tradicional teoria dicotômica, o direito é dividido em público e privado, sendo o primeiro aquele que regulamenta os interesses do próprio Estado com a finalidade de



defender a sociedade. Dentre os ramos do direito público, encontra-se o direito penal, que, para FERRAJOLI (2014, p. 195):

[...] é uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação. Tal técnica, independentemente do modelo normativo e epistemológico que a inspire, manifesta-se através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais.

Nessa acepção, conforme refere PRADO (1999, p. 47), “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Em suma, unificando as lições acima citadas, concebível aduzir que o direito penal é o ramo do direito público que define, individualiza e repreende, através de coerções e restrições, a conduta lesiva aos bens juridicamente tutelados, salvaguardando, assim, os interesses individuais e coletivos. Por sua vez, ZAFFARONI e PIERANGELI (2004, p. 439) anotam que “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Destarte, o Estado seleciona as condutas tidas como ofensivas aos bens jurídicos por ele tutelados e as define como crimes, tipificando-as formalmente nos textos legislativos. De acordo com a doutrina, no caso da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006:

[...] o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos. (FILHO; RASSI, 2009, p. 86)

Nesse palmilhar, THUMS e PACHECO (2008, p. 34) asseveram que “a lei de drogas tutela a saúde pública com bem transindividual, da coletividade”. Assim, a Lei de Drogas definiu como crime algumas condutas, conferindo-lhes suas respectivas penas, com o intuito de prover proteção à saúde pública. Uma das condutas tipificadas formalmente pela referida legislação penal especial foi a de portar drogas para consumo próprio. Dispõe o artigo 28 da Lei de Drogas:

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.



Anteriormente, a conduta apreciada pelo artigo supratranscrito encontrava-se no de número 16<sup>3</sup> da Lei 6.368/1976. Atualmente, com a mudança legislativa ocorrida com o advento da Lei 11.343/2006 e a respectiva ausência de pena corporal para a infração penal de portar droga para uso próprio, parte da doutrina sustenta a posição que aponta o artigo 28 da atual Lei de Drogas como infração penal *sui generis*<sup>4</sup>. Entrementes, a fim de obter uma melhor compreensão do assunto ora examinado, o presente estudo se filiará à corrente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>, a qual considera como crime o dispositivo legal.

---

3 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.

4 “A Lei nº 11.343/2006 (art. 28), de acordo com a nossa opinião, aboliu o caráter ‘*criminoso*’ da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado “*crime*” (embora continue sendo um ilícito *sui generis*, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização formal, mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial).” (GOMES, 2008, p. 121).

5 “A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a



Leciona NUCCI (2009, p. 337) que o delito previsto no *caput* do artigo 28 classifica-se como comum, formal, de forma livre, comissivo, instantâneo e de perigo abstrato. Comum, haja vista poder ser cometido por qualquer pessoa; formal, pois não exige resultado naturalístico para a consumação; de forma livre, sendo que pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente; comissivo, uma vez que os verbos indicam uma ação; instantâneo, porque a consumação se dá em momento determinado; de perigo abstrato, porque não depende de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

No que se refere aos verbos nucleares contidos no *caput* do tipo penal, importante o magistério de THUMS e PACHECO (2008, p. 58):

Adquirir significa obter a posse da droga mediante compra ou troca, realizada a título oneroso (com pagamento) ou gratuito. É necessário que ocorra a tradição, sob pena de não se consumir a conduta. [...] Guardar significa conservar, manter, vigiar com o fim de defender, proteger ou preservar a droga, tendo evidentemente a posse à distância [...] Ter em depósito é ter em estoque, com o intuito de retenção. Não é necessário ser o proprietário da droga; [...] Transportar [...] Exige-se que a droga esteja embarcada em um veículo e não esteja junto ao corpo do agente. Também é considerado “transporte” a conduta de quem carrega droga dentro de mala ou bolsa. [...] Trazer consigo indica o porte da droga, a sua posse direta junto ao corpo ou em objetos que estão em seu poder direto, como uma sacola, mala, carteira, bolso.

Dessa maneira, com a vigente tipificação formal da conduta de porte de droga para uso próprio, o usuário que for flagrado adquirindo, guardando, tendo em depósito, transportando ou trazendo consigo, sem autorização, droga<sup>6</sup>, ainda que para consumo próprio, incorrerá nas sanções do artigo 28 da Legislação de Drogas.

## 2. CONSTITUCIONALIDADE, TIPICIDADE E LIMITAÇÕES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

De acordo com MORAES (2012, p. 6), a Constituição deve ser entendida como lei fundamental e suprema do Estado. A lição de KELSEN (2009, p. 232) também merece observância:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de

---

extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.” (RE 430105, 2007).

<sup>6</sup> Tais estão descritas no Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos à controle especial da Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde.



validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.

Por isso, afirma CUNHA JÚNIOR (2012, p. 33) que toda norma é dotada de imperatividade e que as constitucionais assumem supremacia em relação às demais, que devem estar em conformidade com a Constituição, seja quanto ao modo de elaboração, seja quanto à matéria. A Constituição Cidadã, portanto, deve ser o texto norteador e, sem embargo, limitador para todas as demais legislações.

Não obstante, conforme já explicitado, as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, ou trazer consigo, drogas para consumo pessoal, estão elencadas em lei infraconstitucional, dessa forma, tipificadas como crime. Desse modo, possível afirmar que as condutas acima citadas são típicas formalmente. Com efeito, GRECO (2006, p. 165) assevera que

[...] poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-se daqueles brinquedos educativos que têm por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças, haveria ‘tipicidade’ quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma forma sucedendo com a esfera, a estrela, o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal; caso contrário, não.

Para se verificar se o fato é típico, não basta que a conduta se amolde ao tipo penal incriminador, mas também é necessária uma lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado. Nesse passo, “a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 456). Ainda, o renomado jurista traz outros apontamentos sobre tipicidade material:

O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. (2002, p. 456)

Veja-se, portanto, que o direito penal não se satisfaz apenas com a simples correspondência formal entre a norma penal e a conduta praticada pelo agente. Isso ocorre pela existência de princípios constitucionais que homenageiam a dignidade da pessoa humana, além dos direitos e garantias fundamentais.

Para QUEIROZ (2013, p. 76), tais princípios “representam limitações importantes ao



poder de punir, razão pela qual constituem autênticas garantias (políticas) individuais oponentes ao próprio exercício do poder punitivo estatal” e, consoante a doutrina de NERY (2015):

Com a criação do estado democrático de direito houve a elevação e aplicação de alguns princípios que valorizavam sobremaneira o indivíduo. Tais princípios tiveram como norte o princípio maior da dignidade da pessoa humana, que serviu de parâmetro para o surgimento de outros princípios limitadores do poder punitivo. Essa limitação busca o caráter social e humanitário da aplicação da pena, sendo direcionado principalmente para os elaboradores das leis e seus respectivos aplicadores. Ressalta-se ainda que a característica de tais princípios é a relevância social, ou seja, ao se elaborar e aplicar a lei é necessário analisar os anseios e a valorização social.

### **3. ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI DE TÓXICOS, Nº 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL**

Pelo já anteriormente dito, sabe-se que o objeto de proteção da Lei de Drogas é a saúde pública. Todavia, cabe o seguinte questionamento: se o artigo 28 versa sobre as condutas do usuário que atentam contra a sua própria saúde, em que momento tais indivíduos estão violando o bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/2006? Como já dito alhures, o tipo formal do artigo 28 é de perigo abstrato, ou seja, não exige efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. No entanto, como leciona QUEIROZ (2013, p. 100), de acordo com o princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), “só podem ser consideradas criminosas condutas lesivas de bem jurídicos alheio”. SANTOS (2014, p. 26) assinala que o princípio da lesividade “proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos pela lei penal”. Verifica-se, dessa forma, que os crimes de perigo abstrato afrontam tal primado, pois, conforme BATISTA (1990, p. 91097), o princípio da lesividade possui quatro funções: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de conduta desviada que não afeta qualquer bem jurídico.

Deste jeito, forte na segunda função, para CAMPOS (2012),

[...] a conduta do usuário de drogas (ou tóxico-delinquente), está amparada pelo princípio da lesividade penal. Ora, se o sujeito em completo exercício de suas faculdades mentais resolve por bem fazer uso de drogas, sem que demande qualquer prejuízo a terceiros ou atente para bens jurídicos de outrem, não há razões para que a



sua conduta seja criminalizada, muito menos penalizada pelo Direito Penal.

Ademais, na lavra de ROSA (2005, p. 217), “no caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado [...] é a ‘integridade física’ e não a ‘incolumidade pública’”. À vista disso, com fundamento na quarta função, a conduta do usuário de drogas não pode ser objeto de repressão penal.

Também com fundamento na quarta função, correto afirmar que os delitos de perigo abstrato violam a lesividade, haja vista que, nas palavras de NUCCI, não dependem de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, sendo a mera adequação da conduta à norma (tipicidade formal) o requisito para a perfectibilização da infração penal prevista no artigo 28, há somente uma presunção de que o bem jurídico tutelado estará sendo abalado. CAPEZ (2006) declara que “não há dúvida de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime”.

Além disso, cabe ressaltar que, na circunstância *sub analise*, a inconstitucionalidade não está intrínseca somente na ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela legislação especial. Há, igualmente, grave insulto aos princípios da igualdade e da inviolabilidade ou intimidade da vida privada.

Afinal, nas palavras de CARVALHO (2014, p. 373):

A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física ou psíquica. A variabilidade do ilícito tornaria, portanto a opção criminalizadora essencialmente moral.

Evidente que, com a criminalização da conduta usuário de drogas ilícitas, este é tratado com desigualdade com relação aos usuários de drogas lícitas, uma vez que este pratica apenas mais uma conduta sem relevância para o direito penal.

Já no tocante ao princípio da inviolabilidade e intimidade da vida privada, acrescenta o autor:

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam, em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervir nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforcem concepções morais. [...] Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque



em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima. (CARVALHO, 2014, p. 373-374)

A corroborar, segue brilhante raciocínio de HUSAK (2001, p. 75), abordando o direito do cidadão à autonomia em sua intimidade e vida privada:

Supóngase que el Estado fuera a interferir en algunas de las actividades relacionadas con los derechos generales que afectan las LCD. Imagínese que el Estado tratara de regular la forma de vestir prohibiendo el uso de tacones altos o que tratara de regular la apariencia de las personas prohibiéndoles usar el cabello largo. Auméntese el problema suponiendo que estas inferências tuvieran el propósito de aplicarse a los ciudadanos y no solo a los funcionarios públicos. Más aún, imagínese que se dijera que esas regulaciones se aplican en los domicilios privados. Parece claro que o Estado necesitaría excelentes razones para fundamentar tal legislación y que a los tribunales se les exigiría que las examinaran con mucho cuidado. Estas interferencias afectan derechos que están colocados muy arriba en la lista de los protegidos en una sociedad libre. ¿Por qué el consumo recreativo de las drogas es diferente?

Neste norte, notório que o princípio da intervenção mínima também queda mutilado, uma vez que, para BITENCOURT (2014, p. 54), “o Direito Penal deve ser a ultima ratio do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes”. Ora, se o poder incriminador do Estado deixa de ser utilizado como *ultima ratio* e opera no âmbito particular dos indivíduos, certamente as liberdades individuais estão sendo cerceadas. Mais uma vez CAMPOS (2012) é precisa em suas palavras:

[...] o Direito Penal deve constituir-se de um sistema de técnicas que assegure as liberdades individuais frente ao Poder Público, isto porque é um instrumento de limitação do poder punitivo (*ultima ratio*, subsidiário), devendo ainda ser um instrumento de preservação de direitos fundamentais. Desse modo, não cabe, portanto, incidir para incriminar condutas privadas, íntimas e relativas à opção individual.

Por fim, apesar do entendimento contrário dos Tribunais Superiores, o princípio da insignificância também atua como limitador do artigo 28, razão pela qual BITENCOURT (2014, p. 60) anota ser:

[...] imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Ainda, no caso do artigo 28, NUCCI (2009, p. 335) registra que, “em tese, seria viável,



neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade de droga apreendida fosse mínima”. Porém, ainda há certa relutância dos Tribunais Superiores em aplicar o referido princípio às condutas dos usuários que portam droga para consumo próprio, sendo praticamente pacífico o entendimento de que a conduta de possuir droga, ainda que em quantidade ínfima, é formal e materialmente típico. Para CARVALHO (2014, p. 381), todavia ”a quantidade inexpressiva de substância entorpecente não teria a potencialidade de produzir dependência física e/ou psíquica (elemento formal) ou de ofender o bem jurídico saúde pública tutelado pela Lei de Drogas (elemento material)”.

No mesmo sentido, vale transcrever decisão do Ministro Dias Toloffi, no julgamento do Habeas Corpus n.º 110.475, em 2012:

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. (Grifo nosso).

Portanto, parece certo que não há motivos para a intervenção estatal através do direito penal nas condutas do usuário de drogas, mormente naquelas descritas no artigo 28 da Lei de Drogas. Com efeito, proclama QUEIROZ (2013, p. 86) que “se o direito penal constitui (ordinariamente) a forma mais energética de coerção na liberdade dos cidadãos, segue-se que sua intervenção só deve ocorrer nos casos de efetiva necessidade para a segurança desses cidadãos”.

Observa-se que a Lei de Drogas, em relação ao usuário de drogas, muito embora tenha adotado, ao menos formalmente, uma política de redução de danos, tudo não passa de explícita falácia, pois a ilegalidade do consumo, inconstitucional por sinal, é a verdadeira causadora de severos danos.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o artigo 28 da Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 representa clara ofensa à Constituição Federal, principalmente aos primados da lesividade, igualdade, inviolabilidade ou intimidade da vida privada e intervenção mínima do Estado. No que tange ao porte de pequena quantidade de droga e a respectiva não aplicação do princípio da bagatela nos casos em que são preenchidos os requisitos do supra colacionado julgado do Supremo Tribunal Federal, também verifica-se uma desarmonia no ordenamento jurídico penal ante a falsa ideia da proteção do bem jurídico.

Não obstante, punir uma conduta sem qualquer lesividade a bem jurídico através do direito penal é banalizar a instância penal, sufocar ainda mais um sistema judiciário já tão atolado de demandas, instaurando-se o direito penal máximo, incongruente com um Estado Democrático de Direito, que visa garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos. Por fim, tais afrontas apontam, inclusive, para a desnecessidade de movimentação da máquina punitiva estatal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Poder Executivo, Brasília, DF. 21 out. 1976.

BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Poder Executivo, Brasília, DF. 23 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário jurídico: princípio da insignificância (crime de bagatela)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=49>>. Acesso em 20 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 110.475/SC – Rel. Min. Dias Toffoli – 1ª Turma do STF**. 14 de mar. 2012.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 430105**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=430105&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

CAMPOS, Lorena Souza. **Garantismo penal aplicado à lei de drogas: A materialização dos princípios da insignificância e lesividade no Estado Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/garantismo-penal-aplicado-%C3%A0-lei-de-drogas-materializa%C3%A7%C3%A3o-dos-princ%C3%ADpios-da-insignific%C3%A2ncia->>. Acesso em 20 mai. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003): Infrações de Perigo e o Princípio da Ofensividade**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n° 09, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito penal e razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Nova lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

HUSAK, Douglas N. **Drogas y derechos**. Tradução: Gustavo de Greiff. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 1986.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY, Kedma Carvalho Varão. **Características intrínsecas do poder punitivo estatal**.



Disponível em:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=609](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=609)>. Acesso em 20 mai. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

ROSA, Alexandr Moraes. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.