

## Questão Discursiva 00892

O bem jurídico protegido pela Lei n.º 11.343/06 é a saúde pública. Em razão disso, critica-se a incriminação das condutas praticadas pelo usuário ou dependente de drogas, que são objeto do art. 28 da Lei, ao argumento de que, sendo o bem jurídico protegido a saúde pública, não restaria ofendido pelo usuário ou dependente, que somente prejudica a si mesmo. O contra-argumento é que a saúde de cada cidadão integra a saúde pública. Considerando a controvérsia apresentada pelo texto, responda fundamentadamente aos seguintes questionamentos: a) Quais são os argumentos expendidos pela jurisprudência consolidada no STJ para a não aplicação do princípio da insignificância à infração penal prevista no art. 28 da referida Lei? b) Explique no que consiste o traço distintivo principal entre o tipo penal previsto no art. 28 e no art. 33 da Lei; c) A quantidade mínima de entorpecente encontrada em poder do autor do delito constitui, por si só, elemento suficiente de prova para a exclusão da configuração do crime previsto no art. 33 da Lei? e d) O fato do agente ser usuário ou dependente impede que responda pelo crime de tráfico previsto no art. 33 da Lei?

### Resposta #002003

Por: MAF 18 de Julho de 2016 às 12:16

a) O Superior Tribunal de Justiça entende pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal porque a pequena quantidade da substância é característica do próprio crime, bem como por se tratar de delito de perigo abstrato.

b) Segundo lição da doutrina, o Brasil adota o sistema da quantificação judicial para fins de distinguir os tipos penais previstos nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas. Por este sistema, o magistrado deverá analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e decidir.

De forma a auxiliar o juiz, o artigo 28, §2º da Lei determina que, para se verificar se a droga se destinava ao consumo processual, deverá ser verificada a natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.

c) Justamente pelo disposto na resposta constante na alínea "b", a quantidade mínima de entorpecente encontrada em poder do autor do delito não constitui, por si só, elemento suficiente para exclusão do tráfico, devendo ser analisadas todas as circunstâncias demonstradas na resposta anterior.

d) Poderá impedir, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos (artigo 45 da Lei 11343/06): comprovação de que o acusado era dependente químico; que ele era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento; e que o requisito imediatamente anterior esteja presente à época do crime.

### Correção #001085

Por: JoyFocada 21 de Julho de 2016 às 23:49

Excelente resposta, porém acredito que o item "D" estaria melhor redigido se ressaltasse que a condição de usuário ou dependente do consumo de drogas, por si, só não impede a responsabilização pelo delito de tráfico, e então posteriormente explanasse que se constatada a completa incapacidade de discernimento quanto à ilicitude do fato à época da ação ou omissão em virtude da dependência, circunstância a ser comprovada por perícia médica, estará o agente isento de pena.

### Resposta #000051

Por: ANALICE DA SILVA 26 de Novembro de 2015 às 22:04

A incidência do princípio da insignificância, segundo o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, pressupõe a mínima ofensiva de da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprova ilibada do comportamento e a ínfima lesão ao bem jurídico tutelado.

No entanto, tais vetores não se encontram presentes pela mera circunstância de quantidade inexpressiva de drogas, pois o artigo 28 da Lei 11.343/06 protege justamente a saúde pública, sendo um crime de perigo abstrato e dano presumido. Desse modo, é irrelevante a pequena quantidade de droga para aplicação do princípio da insignificância. Aliás, essa é a essência do referido delito, já que a diferenciação do uso e o tráfico é feita pela quantidade de drogas apreendidas (artigo 28 §2, Lei 11.343/03), bem como pela sua natureza, local e as condições que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente.

Destarte, a quantidade mínima de droga não é suficiente para afastar a tipificação do artigo 33, "caput", da lei em comento, quando as outras circunstâncias evidenciarem tráfico de drogas. Neste sentido, a título exemplificativo HC 35072-DF (STJ).

Por fim, a condição de usuário não ilide a de traficante, sendo muito comum inclusive a prática do comércio para alimentar o vício do usuário, que na maioria das vezes sequer consegue exercer uma atividade lícita.

### Correção #001086

Por: JoyFocada 21 de Julho de 2016 às 23:54

O item D ficou bem incompleto. Faltou falar da possibilidade de o dependente do consumo de entorpecentes ser isento de pena se era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.(art. 45 Lei de Drogas).No mais, parabéns pela resposta.

## Resposta #000039

Por: **Eric Márcio Fantin** 25 de Novembro de 2015 às 21:40

A diferença principal entre os crimes previstos no art. 28 e 33 da Lei 11.343/2006 é a intenção (dolo) do agente. No primeiro, o agente possui a substância entorpecente para consumo próprio. No segundo, pretende o autor a mercância da substância.

Não existe quantidade mínima para a configuração do tráfico de drogas. O agente pode ser pego com 1g de cocaína e, diante das circunstâncias, ficar comprovado o tráfico. Da mesma forma, pode ser pego com 20g e ser um usuário. Obviamente que aquele que é pego com uma quantidade considerável (100g de cocaína, por exemplo), tem contra si a presunção de que a substância é para o tráfico, desde que corroborada por outros elementos.

## Correção #000067

Por: **Débora Bós e Silva** 26 de Novembro de 2015 às 03:03

O candidato não respondeu ao item "a", relativo aos argumentos adotados pela jurisprudência consolidada no STJ para a não aplicação do princípio da insignificância.

Em relação ao item "b" respondeu corretamente, embora de forma muito sintética, sem justificar e nem aprofundar (o que poderia e deveria ter feito).

No tocante ao item "c", o candidato respondeu corretamente, mas não justificou e nem aprofundou.

O item "d" não foi respondido.

Com base na análise feita, verifica-se que o candidato não mostrou domínio pleno do assunto, deixando de responder dois dos questionamentos feitos, e, nos outros dois, não aprofundou (item b) e nem justificou (item c).

Nota: 3 pontos.

Motivo: Cada item valia 2 pontos. O item de português e desenvolvimento tbm valia dois pontos. Considerando que apenas duas questões foram respondidas, sem desenvolvimento, concedi um ponto cada + 1 ponto de português (não recebeu 2, pois não desenvolveu o tema).

Observação: O candidato poderia ter mencionado a discussão na doutrina sobre o potencial lesivo de determinadas drogas, para configuração de tráfico de drogas. Uma pena que não foi mencionado.

## Resposta #001379

Por: **Luis Felipe Baumotte Osorio** 20 de Maio de 2016 às 13:23

De início, é relevante frisar que, com relação a aplicação do princípio da insignificância, o entendimento dos tribunais superiores é de que essa possibilidade está afastada. Ressalta-se que a quantidade pequena da droga proscrita não pode servir de motivo para embasar o uso do princípio citado, uma vez que se trata de elemento constitutivo do tipo presente no artigo 28 da Lei de Drogas.

Outro ponto a discutir é a diferenciação entre os artigos 28 e 33 da lei 11343/06. O primeiro traz núcleos de conduta que se voltam para o consumo próprio, ao passo que o último não apresenta tal referência e, além disso, possui um maior número de condutas consideradas crime.

Por fim, a configuração do delito previsto no artigo 28 da referida lei está atrelada não só à quantidade apreendida da droga, mas também à natureza do entorpecente, às condições da ação, às circunstâncias pessoais e sociais, bem como à conduta e aos antecedentes dos agentes. Dessa forma, se os pré-requisitos necessários estiverem presentes, é possível que um usuário ou um dependente pratiquem o crime de tráfico de drogas.

## Resposta #002023

Por: **JoyFocada** 21 de Julho de 2016 às 23:40

A) Não é aceita a aplicação do princípio da insignificância no crime de drogas para consumo pessoal em virtude do entendimento de que a pequena quantidade de entorpecentes é apta a causar alterações na saúde física e psíquica do indivíduo, de modo que a preservação do bem jurídico tutelado pela norma exige que o tipo penal seja verificado mesmo diante de quantias mínimas de drogas.

B) O tipo penal do artigo 28 se distancia do artigo 33 por seu elemento subjetivo, haja vista que as condutas são incriminadas em ambos, porém no primeiro a intenção do agente que adquire, guarda, ou transporta o entorpecente, é consumi-lo, e por esse motivo incorre na posse de drogas para consumo pessoal, cujas sanções cominadas são muito menos gravosas do que aquelas previstas no crime de tráfico de entorpecentes, no qual o dolo do agente é de disseminar o consumo das substâncias ilícitas entregando-a ou possibilitando sua entrega a terceiro.

C) Além da quantidade de droga encontrada em poder do agente, que por si só não é suficiente a determinar a desclassificação do crime de tráfico para o de posse de drogas, deve ser considerado todo o contexto fático, em especial a natureza da droga, sua quantidade, o local e as condições da ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e a personalidade do agente

D) O fato de o agente ser usuário ou dependente de entorpecentes, por si só, não impede que ele responda pelo tráfico de drogas. Contudo, se for constatado, por perícia, que a dependência em decorrência do uso de drogas limitou sua capacidade de entender o caráter ilícito do crime perpetrado, poderá haver redução de pena de 1/3 a 2/3. Ainda, em razão de tal dependência, restar constatado que agente ao tempo da ação ou omissão era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, estará ele isento de pena, qualquer que seja o crime praticado.

## Resposta #002739

Por: **Gustavo T** 9 de Maio de 2017 às 15:39

a) Os principais argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para não aplicar o princípio da insignificância à infração penal do art. 28 da Lei 11.343/06 são: (i) trata-se de crime de perigo abstrato; (ii) não gera perigo apenas à saúde do agente, mas também à sociedade ao estimular o narcotráfico e diversos outros crimes;

b) Não há como se elencar um principal traço distintivo entre as condutas descritas no art. 28 e art. 33 da Lei de Drogas. Nesse contexto, o art. 28, §2º determina que o juiz avalie diversos aspectos como natureza e quantidade da substância, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, além da conduta e antecedentes do agente.

c) Não. Conforme acima explanado, diversos são os fatores que devem ser sopesados para verificar se o crime perpetrado é de tráfico (art. 33) ou porte para uso próprio (art. 28). Nessa senda, a quantidade é apenas um dos elementos, de modo que nada impede a configuração da traficância de pequena quantidade de drogas, desde que os outros elementos apontem para sua ocorrência;

d) Se o agente, em razão da dependência, era ao tempo da ação ou missão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entedimento, haverá a exclusão da imputabilidade e, por consequência, da culpabilidade em relação a qualquer crime (art. 45, Lei 11.343/06). Fora desta hipótese, porém, nada impede que o usuário ou dependente responda pelo tráfico.

## Resposta #003900

Por: **Foco na Toga** 13 de Março de 2018 às 09:54

O Superior Tribunal de Justiça entende que o princípio da insignificância não deve ser aplicado ao crime cometido pelo usuário de drogas em razão da própria redação do artigo 28 da Lei de Drogas, que dispõe que o agente que estiver com pequena quantidade de droga sofrerá as sanções ali previstas. Se a quantidade de droga encontrada com o agente já deve ser pequena, aplicar o princípio da insignificância nesse caso seria retirar o desvalor da conduta.

Acerca do traço distintivo, o que diferencia o artigo 28 e o artigo 33 é o animus do agente. Se a droga encontrada é para consumo próprio, o crime cometido será o crime do artigo 28. Já, se a droga for para venda, será o crime do artigo 33. Segundo o artigo 28, § 2º da Lei 11343/06, essa diferenciação será feita analisando a quantidade e a natureza da substância apreendida, além das circunstâncias pessoais e da vontade do agente.

Não se pode falar que a quantidade mínima de droga encontrada com o agente poderá excluir a aplicação do artigo 33. Isso porque, o artigo 28 traz os requisitos para aplicação e diferenciação dos crimes e a quantidade encontrada não é o único. É preciso analisar a conduta e a vontade do agente, bem como as circunstâncias em que o entorpecente foi encontrado.

O artigo 33 da Lei de Drogas fala em vários verbos que podem configurar o crime de tráfico. Apesar de não expressar o uso ou a dependência, entende-se que basta praticar um desses verbos no contexto de tráfico para que o crime se configure. Além disso, nada impede que o usuário encontrada com grande quantidade de droga responda pelo crime de consumo e pelo crime de tráfico. Isso pode ser observado melhor através do § 3º do artigo 33, que fala do agente que oferece droga a outra pessoa para consumirem juntos. Apesar da pena ser menor que a pena do tráfico, há pena de detenção para ambos os agentes, diferente do crime de porte de entorpecente para consumo próprio.

Cabe destacar, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o artigo 28 da Lei 11343/06 traz o crime de porte de entorpecente para consumo próprio, ainda que não haja pena de detenção ou reclusão. Entende o Tribunal que, com o advento da nova lei de drogas, houve uma despenalização do crime, mas não houve a descriminalização do consumo de drogas.

## Resposta #004815

Por: **andregrajau** 15 de Novembro de 2018 às 14:36

O princípio da insignificância é um critério de interpretação restritiva do tipo penal, cuja natureza é de causa supralegal extintiva da punibilidade. A sua aplicação depende dos 4 vetores criados pela jurisprudência: mínima ofensividade, inexpressividade da lesão, reduzido grau de reprovabilidade e ausência de periculosidade social da ação.

O STJ tem, em regra, afastada a incidência desse princípio aos crimes de tráfico de drogas e porte de drogas para consumo pessoal, sob o fundamento de que esses crimes são de perigo abstrato e presumido, visto que o usuário alimenta o comércio de drogas e permite a continuidade da atividade do narcotráfico. Além disso, argumenta que a quantidade de droga já faz parte da própria essência do delito.

O crime de posse de droga para o consumo pessoal, previsto no art. 28, diverge do crime de tráfico, previsto no art. 33, principalmente pelo elemento subjetivo específico ou especial fim de agir. Enquanto o art. 28 destina a droga ao consumo pessoal, o art. 33 destina a troca à terceira pessoa.

Não obstante haja dificuldade para diferenciar a droga que é destinada ao consumo próprio e a destinada ao tráfico, o art. 28, §2º, da lei 11343/2006 diz que para fazer essa análise, o juiz atenderá à natureza, quantidade, local, condições em que se desenvolveu a ação, condições sociais, pessoais, conduta e antecedentes do agente. Assim, a lei adotou o sistema de quantificação judicial.

Contudo, a quantidade mínima de droga encontrada com o agente não constitui, por si só, fator excludente do crime de tráfico previsto no art. 33, já que é comum o traficante ficar com pequena quantidade de droga exatamente para descaracterizar o tráfico, motivo pelo qual se deve analisar além da quantidade, as demais circunstâncias elencadas acima.

Ressalte-se que o fato de o agente ser usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de drogas. A bem da verdade, nenhum desses critérios, isolados, pode descaracterizar o tráfico ou caracterizar porte para consumo pessoal.

## Resposta #005639

Por: **Ailton Weller** 12 de Agosto de 2019 às 18:34

A) A jurisprudência do STJ tem o entendimento de que, embora o consumo de droga possa afetar a própria esfera do indivíduo, trata-se de crime contra a saúde pública, de maneira que o delito do artigo 28 da Lei de Drogas afeta a toda a coletividade. Ainda, aponta ser prescindível a demonstração de lesão ao bem jurídico, uma vez que o tipo em questão é crime de perigo abstrato, assim, o porte do entorpecente já é capaz de afetar a toda uma comunidade, haja vista que retroalimenta o comércio ilícito de drogas e estimula o seu consumo, fazendo com que eventual usuário possa a se tornar traficante para sustentar o seu vício. Portanto, o STJ entende não ser cabível a aplicação da insignificância a infração penal do artigo 28, tendo em vista estar presente a periculosidade social da ação, um dos requisitos exigidos para o reconhecimento do princípio da bagatela.

B) O elemento subjetivo do agente é o que diferenciou o porte de drogas para consumo do porte de drogas para mercancia ilícita. Para tentar chegar próximo de descobrir o liame subjetivo do agente, o artigo 52, inciso I, da Lei de Drogas, nos dá alguns parâmetros, tais como a quantidade e a natureza do entorpecente, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta e os antecedentes do agente.

C) Conforme já sedimentado pela jurisprudência, a pequena quantidade de drogas encontrada pelo agente, por si só, não afasta a possibilidade de configuração do crime de tráfico de drogas, pois deverá ser sopesado com outras circunstâncias como o local em que o agente se encontra (p. ex. biqueira de drogas), se há em seu poder valores (p. ex. várias notas de 10 e 50 reais), entre outras.

D) De acordo com a jurisprudência, não impede a responsabilização do agente pelo delito do artigo 33, da Lei 11.343/06, se este é usuário ou dependente de drogas. Assim, esta condição por si só não é óbice à tipificação da conduta, haja vista que a lei dispõe de outros parâmetros para avaliar se no caso houve comércio ilícito de entorpecentes ou apenas porte para consumo próprio, podendo no caso concreto o agente viciado em drogas estar vendendo as substâncias para comprar mais entorpecentes.