



UFOP

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA - EDTM
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DEDIR

BERNARDO INDALECIO DOS SANTOS ALVES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06**

Ouro Preto

2022

BERNARDO INDALECIO DOS SANTOS ALVES

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO
CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edvaldo Costa Pereira Junior

Ouro Preto
2022



FOLHA DE APROVAÇÃO

Bernardo Indalecio dos Santos Alves

A aplicação do princípio da insignificância no crime do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 01 de novembro de 2022.

Membros da banca

Prof. Me. Edvaldo Costa Pereira Júnior - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. André de Abreu Costa - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Mestranda Nayara Gonçalves Leijôto - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Edvaldo Costa Pereira Júnior, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 01/11/2022.



Documento assinado eletronicamente por **Edvaldo Costa Pereira Junior, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 01/11/2022, às 16:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0421054** e o código CRC **1484090E**.

Agradecimentos

Agradeço primeiro aos meus pais, Cid & Luciana, arquitetos e patrocinadores da minha vida. Agradeço também aos meus irmãos Nicole e Eduardo que ao longo desta trajetória não mediram esforços para me ajudar e por terem me incentivado do começo ao fim.

Agradeço ao meu amor Leidiane por ser uma inspiração e minha maior apoiadora. Igualmente aos amigos de TC e OP por toda a alegria e alívio que me deram nestes 5 anos de graduação. Este trabalho é fruto do que a amizade e o amor de vocês me permite realizar.

Agradeço imensamente ao Professor Edvaldo por ter me guiado nesta etapa e a Universidade Federal de Ouro Preto por ser um local de aprendizados, vivências e momentos. As experiências que pude ter nesta estrada me moldaram em um homem melhor.

Resumo

No presente trabalho o que se pretende é analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Para tanto, inicialmente é apresentado o axioma da insignificância através de uma análise de suas origens e desenvolvimento histórico, da contribuição feita por Claus Roxin, do conceito e natureza jurídica e por fim dos parâmetros de aplicação segundo a jurisprudência. Em seguida é realizado um estudo sobre o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06 com aprofundamento nas discussões que o circundam e nas características do crime. Ao final, unem-se estas considerações para uma análise completa da possibilidade de aplicação do referido princípio embasada nos diversos argumentos trazidos pela Doutrina, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Princípio da insignificância. Excludente de tipicidade. Art. 28 da Lei 11.343/06. Perigo abstrato.

Abstract

The present work aims to analyze the possibility of applying the insignificance principle to the crime of drug possession for personal use, in accordance to art. 28 of Law 11,343/06. To do so, the axiom of insignificance is initially presented through an analysis of its origins and historical development; the contribution made by Claus Roxin; the concept and legal nature, and finally the application parameters according to jurisprudence. Then a study is carried out on the criminal type of art. 28 of Law 11,343/06 with a deeper understanding of the discussions around it and the characteristics of the crime. In the end, these considerations are put together for a complete analysis of the possibility of applying this principle based on the various arguments brought by the Doctrine, the Superior Court of Justice, and the Federal Supreme Court.

Keywords: Insignificance principle. Excluding typicality. Art. 28 of Law 11,343/06. Abstract danger.

Lista de abreviaturas e siglas

ART	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1	Introdução	7
2	SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	8
2.1	Origem e desenvolvimento	8
2.2	Conceito e Natureza Jurídica	9
2.3	Parâmetros de aplicação segundo a jurisprudência	11
2.3.1	A análise através das diferentes perspectivas	13
3	SOBRE O CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06	15
3.1	Despenalização ou descriminalização	16
3.2	As características do crime	19
3.2.1	As condutas do tipo	19
3.2.2	As possíveis penas	20
3.2.3	Os sujeitos do crime	22
3.2.4	O bem jurídico tutelado	22
3.3	Crime de perigo abstrato	23
4	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06	25
4.1	Segundo a Doutrina	25
4.2	Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ)	27
4.3	Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF)	28
5	CONCLUSÃO	32
	Referências	35

1 Introdução

Com o presente trabalho busca-se analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

A temática dos crimes relacionados aos entorpecentes tem seu espaço nas discussões da atualidade. Este tema, em específico, foi escolhido por existirem posicionamentos conflitantes quanto a aplicação do referido princípio naquele crime. Tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, os Ministros têm adotado argumentações diferentes para afirmar ou negar o reconhecimento da insignificância. Da mesma forma acontece nos debates doutrinários nos quais há autores que reconhecem e que negam a possibilidade de aplicação do certame.

Destaca-se que o axioma da insignificância possui peculiaridades, sendo uma delas o fato de não estar positivado no ordenamento jurídico pátrio. Foi construído na jurisprudência e na doutrina e apesar disto é reconhecido como princípio de direito penal. Por esta razão, discute-se a possibilidade de sua aplicação no crime de porte de drogas para consumo.

Para um desenvolvimento lógico e sistemático das informações, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro tratará exclusivamente sobre o princípio da insignificância, seu histórico e singularidades. O segundo tratará do crime de porte de drogas para consumo pessoal e no terceiro, a partir das considerações construídas, analisar-se-á a possibilidade de aplicação do primeiro no segundo.

O capítulo sobre o princípio da insignificância se inicia com a recapitulação histórica da origem e do desenvolvimento com destaque a contribuição feita por Claus Roxin. Este autor é responsável por sistematizar o princípio e dar ao axioma o caráter de causa excludente da tipicidade enquanto ferramenta de interpretação restritiva do Direito Penal. Será analisado também o conceito e natureza jurídica deste princípio bem como apresentados os parâmetros de aplicação criados na jurisprudência.

No segundo capítulo, sobre o crime do art. 28 da Lei 11.343/06, será apresentada a discussão sobre a despenalização ou descriminalização deste tipo penal. Será apresentado também as características do crime com relação ao sujeito ativo, a vítima, as condutas, as penas possíveis e ao bem jurídico tutelado. É por conta de algumas de suas características que se justificam os posicionamentos a favor e contra a aplicação do princípio da insignificância, dentre elas o caráter de crime de perigo abstrato.

Ao final, no terceiro capítulo, ambas as considerações feitas isoladamente serão analisadas em conjunto para ser possível ponderar sobre a possibilidade de aplicação do axioma da irrelevância no crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Será apresentado os posicionamentos da doutrina e dos tribunais superiores para analisar os argumentos com base nas construções feitas ao longo do trabalho.

2 SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Um princípio é a causa primária de algo, o elemento predominante na composição de um corpo. No âmbito jurídico, eles asseguram que haja coerência e harmonização na aplicação das normas e podem ser observados como mandamentos de otimização. Desta forma, os princípios oferecem consistência ao ordenamento jurídico.¹

Através deles é possível realizar uma interpretação completa dos códigos e sistemas de leis, pois, são as ideias mais fundamentais e que estabelecem as orientações e diretrizes a serem seguidas pelos intérpretes e pelo legislador. Paulo Bonavides, um dos principais constitucionalistas do Brasil os conceituam como “pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de direito de uma instituição jurídica, de um código ou de todo um direito positivo.”²

No âmbito do Direito Penal e Processual Penal, os princípios jurídicos são noções fundamentais como a da legalidade, da proporcionalidade, razoabilidade e intervenção mínima. Dão clareza aos contornos da lei e, conseqüentemente, aos limites da atuação do Estado.

O princípio da insignificância atua desempenhando este papel, servindo como um instrumento de interpretação restritiva. É exclusivo do direito penal, através dele se dispensará a intervenção Estatal, ou seja, limitá-la mesmo que diante de condutas penalmente típicas quando estas não afetarem de forma socialmente relevante os bens jurídicos tutelados.³

2.1 Origem e desenvolvimento

É importante o aprofundamento no estudo das origens e do desenvolvimento deste princípio porque permite compreender a sua aplicação na atualidade. No seu processo histórico busca-se determinar quais os seus motivos fundantes para então analisar sua aplicação.

Quanto a origem do princípio da insignificância, há divergências sobre onde e quando ele teria surgido. Autores como Diomar Ackel Filho vinculam o seu surgimento com o Direito Romano por conta da máxima “*minima non curat pretor*” que, na lógica daquele sistema, desobrigava o pretor (espécie de magistrado na Justiça Romana) de cuidar de coisas/causas pequenas (insignificantes).⁴

Todavia, conforme sustenta Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o Direito de Roma teve como base de seu desenvolvimento o direito privado enquanto o princípio em questão é

¹ GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2015.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³ MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no Direito Penal*. [S.l.]: Saraiva, 1994.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

exclusivo do Direito Penal, derivado do seu caráter fragmentário e que cuja natureza é pública.⁵

O referido autor afirma que:

“É um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez. Sendo, pois, princípio específico do Direito Penal, não consigo relacioná-lo com a (paradoxalmente) máxima *minimis non curat praetor*, que serve como referência, mas não como via de reconhecimento do princípio.”⁶

Ribeiro Lopes atribuiu a origem do princípio da insignificância ao Iluminismo Frances. Este movimento, ao buscar humanizar as punições e criar limites para o poder do Estado, introduziu princípios como o da legalidade e proporcionalidade no sistema penal. Assim, o autor deposita na evolução histórica da legalidade a origem do princípio da insignificância.

Apesar destas divergências, o autor que elabora de fato os contornos de tal princípio é Claus Roxin em sua obra “Política criminal e sistema jurídico-penal” de 1964. No livro ele trata da consequência lógica do seu reconhecimento que é a exclusão da tipicidade da conduta. A partir de obra o princípio se desenvolveu sistematicamente e garantiu, ainda que apenas na jurisprudência e na doutrina, a sua sedimentação como um princípio de direito no ordenamento jurídico-penal.

Segundo este autor:

“Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.”⁷

Neste sentido, Claus Roxin apresenta o princípio da insignificância como uma causa excludente da tipicidade do fato por promover uma interpretação restritiva das leis penais. Torna dispensável a atuação do Estado quando constatada a irrelevância da conduta ou de seu resultado. Segundo ele, isto é o que permite a realização da natureza fragmentária do Direito Penal por preservar a ideia de ser a punibilidade indispensável somente para a proteção dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais.⁸

2.2 Conceito e Natureza Jurídica

Além das teorias de origem e desenvolvimento do princípio da insignificância, com destaque ao progresso feito por Claus Roxin quando propõe sistematicamente tal princípio, é importante também compreender o seu conceito e a sua natureza jurídica.

⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 38 p.

⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 38 p.

⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ISBN 85-7147-177-0.

⁸ ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ISBN 85-7147-177-0.

Este, que também se denomina como Princípio da Bagatela, é um instrumento de interpretação restritiva e que permite a realização da natureza fragmentária do direito penal. Isto equivale a dizer que o princípio em questão serve como filtro ao Direito Penal para que, na prática, seja possível ponderar sobre a incidência das normas deste ramo do direito.⁹

Segundo o autor Diomar Ackel:

“O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois como irrelevantes”¹⁰

De forma semelhante, Fernando Capez conceitua o princípio dizendo que:

“O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.”¹¹

Zaffaroni também contribuem com o tema da seguinte forma:

“Há relativamente pouco tempo, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidos pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pelo tipo penal”.¹²

Observa-se que há pouca divergência sobre a conceituação deste princípio. A situação é semelhante com relação a sua natureza jurídica que, por não estar expresso no ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se como a de um princípio implícito. Tal caracterização é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência.¹³

Há no entanto, no art. 209, §6º do Código Penal Militar, uma disposição que traduz a ideia central do princípio trabalhado, pois, autoriza o Juiz a considerar como mera infração disciplinar uma lesão corporal dolosa que possuir um grau de lesão insignificante. Dizendo de outra forma, autoriza-se o juiz a julgar desnecessária a atuação do poder judiciário quando o resultado naturalístico daquela infração se mostrar insignificante.

Por outra perspectiva, também se atribui ao princípio da irrelevância a natureza jurídica de uma causa excludente de tipicidade. Conforme Cezar Roberto Bitencourt:

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. [...] é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.”¹⁴

⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ISBN 85-7147-177-0.

¹⁰ ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no direito penal*. [S.l.]: Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1988.

¹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed.. ed. [S.l.]: Editora Saraiva, 2012.

¹² ZAFFARONI, E. R. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

¹³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 38 p.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraivaa, 2012. 58 p.

Por tanto, o aludido princípio atua para afastar a aplicação da lei penal quando no caso concreto ficar evidenciada a irrelevância da conduta ou do resultado.¹⁵

Ainda segundo Luiz Flávio Gomes:

“A consequência natural da aplicação do critério da insignificância (...) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado).”¹⁶

Conclui-se até então que o princípio da insignificância é um axioma que integra as técnicas do magistrado para solução do caso concreto. Esta ferramenta lhe permite dispensar a atenção e a atuação judiciária quando o fato em análise mostrar-se insignificante, esta última verificada através dos parâmetros definidos na jurisprudência.

2.3 Parâmetros de aplicação segundo a jurisprudência

Inicialmente foi apresentada a função dos princípios em um ordenamento jurídico com enfoque no princípio da insignificância. Foram apresentadas também as teorias que tratam de sua origem e desenvolvimentos, destacado o progresso promovido por Claus Roxin que sistematizou o princípio em torno da sua aptidão de afastar a tipicidade material da conduta.

Após, foi apresentada a sua conceituação e natureza jurídica como um princípio implícito de direito penal. Quando reconhecido no caso concreto assume o caráter de uma causa excludente da tipicidade.

Para sua análise no campo prático foram estabelecidos alguns parâmetros de aplicação para ser possível determinar quando uma conduta será tida como irrelevante. Tais parâmetros foram assentados pelo Plenário do STF no HC 103.684 e pela Segunda Turma nos HC n° 97.220 e 111.017, ambos de relatoria do Min. Ayres Britto. São eles: i. A mínima ofensividade da conduta; ii. Nenhuma periculosidade social da ação; iii. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; iv. Inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹⁷

Conforme expõe o relator:

“As presentes diretivas de aplicabilidade do princípio da insignificância penal não são mais que diretivas mesmas ou vetores de ponderabilidade. Logo, admitem acréscimos, supressões e adaptações ante o caso concreto, como se expõe até mesmo à exclusão”¹⁸

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

Quanto ao primeiro parâmetro, qual seja a mínima ofensividade da conduta, tem-se que este não trata do dano sofrido pela vítima, mas sim do grau de ofensividade da conduta. Dito de outra forma, a mínima ofensividade da conduta é a baixa capacidade para ofender o bem jurídico tutelado emanada pela conduta, independentemente do resultado produzido.¹⁹

Por tanto, este parâmetro busca balizar a aplicação do princípio da insignificância através da análise da conduta do agente e de sua capacidade para afligir o bem jurídico. É dizer que se o risco a propriedade, a saúde, a segurança ou a integridade física de outrem vindo da conduta é mínimo então está abrangida pelo parâmetro para ser reconhecida a sua insignificância.

Sobre o segundo, qual seja ausência de periculosidade social da ação, trata do risco ofertado pela conduta para a sociedade. Ou seja, diferentemente do primeiro, a análise não é do risco ao bem jurídico, mas sim do risco para a sociedade. Ela transcende o âmbito privado para uma análise da repercussão até a coletividade. É dizer que se a conduta não oferece risco algum á sociedade então está dentro deste parâmetro para ser reconhecida a sua insignificância.²⁰

O terceiro parâmetro é o que exige uma análise da reprovabilidade da conduta. Diferentemente dos dois anteriores, o que se verifica não é a capacidade daquela ação para ofender o bem jurídico tutelado ou a sociedade, mas sim a sua reprovabilidade. É dizer que para a aplicação do princípio da insignificância deve o comportamento do agente ser considerado inexpressível diante de um juízo de aceitação da conduta, de modo que os atos possam ser suscetíveis de compreensão.²¹

O quarto e último parâmetro é o que lida com o resultado naturalístico da conduta. Além da análise dos outros três expostos acima, deve também o magistrado observar a expressividade da lesão jurídica provocada. É dizer que se ela mostrar-se inexpressiva então seria possível o reconhecimento da insignificância da conduta para excluir a tipicidade do fato.²²

De modo resumido, os parâmetros de aplicação do princípio da insignificância empoe ao magistrado que realize quatro análises diferentes. A primeira é sobre a capacidade da conduta em ofender o bem jurídico tutelado, devendo ser mínima. A segunda é sobre a capacidade da conduta em oferecer riscos a sociedade, que devem inexistir. A terceira é

¹⁹ SOARES, Jefferson. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. 2015. Monografia em site educacional. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-princlpio-insignificancia-no-direito-penal-brasileiro.htm>.

²⁰ SOARES, Jefferson. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. 2015. Monografia em site educacional. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-princlpio-insignificancia-no-direito-penal-brasileiro.htm>.

²¹ SOARES, Jefferson. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. 2015. Monografia em site educacional. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-princlpio-insignificancia-no-direito-penal-brasileiro.htm>.

²² SOARES, Jefferson. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. 2015. Monografia em site educacional. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-princlpio-insignificancia-no-direito-penal-brasileiro.htm>.

sobre a reprovabilidade da conduta, um juízo de aceitação dela suscetível de compreensão. Por fim, a última análise é sobre o resultado naturalístico da conduta o qual deve ser inexpressivo para ser então reconhecida a bagatela e ocorra a exclusão da tipicidade do fato.

2.3.1 A análise através das diferentes perspectivas

A partir destes quatro parâmetros e utilizando-se da ponderação para verificá-los no caso concreto, o juiz passará a uma análise da insignificância da conduta pela perspectiva do agente. Através dela deve visualizar uma extrema carência material unida a uma realidade de extrema vulnerabilidade social do autor. Todavia, ainda que presentes estas circunstâncias, não se pode falar em irrelevância quando houver uma crônica de vida delituosa já que a reiteração delitiva torna indispensável a intervenção estatal.²³

É necessário também realizar a análise da irrelevância através da perspectiva da vítima. Busca-se ver um reduzido, ou até mesmo ausente sentimento de perda a ponto de não gerar nela o sentimento de impunidade mesmo quando a norma penal lhe favorecia.²⁴

Quanto a análise da aplicação do princípio através das circunstâncias do crime o que se destaca é a clara impossibilidade de reconhecê-lo quando houver o emprego de violência ou grave ameaça à integridade física, ou moral da vítima ou de terceiros. Segundo o Ministro é um “*modus procedendi*” intolerável que afasta a insignificância. Por outro lado, é necessário reconhecê-la quando houver um evidente amorismo no fato delituoso, responsável pela frustração do crime.²⁵

Pela perspectiva da resposta estatal, para haver o reconhecimento da insignificância deve a pena mínima cominada para o delito estar desproporcional e mostrar-se excessiva. Neste ponto deve ser considerada no momento da análise a pena convertida para sua modalidade mais branda.²⁶

Por fim, ainda conforme o Ministro, a análise também deve passar pela perspectiva do preço ou da expressão financeira do objeto do delito.

Também segundo ele:

“É dizer, o objeto material do delito há de exibir algum conteúdo econômico, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

acervo de bens do agente.²⁷

Diante disto, o que se observa é que para a aplicação do princípio é necessário sempre estar em vistas do aplicador as noções da proporcionalidade e razoabilidade para ponderar sobre a insignificância da conduta dentro destes parâmetros apresentados. A análise que concluir positivamente pela aplicação evitará a atuação desnecessária do poder punitivo do Estado evidenciando, como já dito, uma causa de exclusão da tipicidade.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.

3 SOBRE O CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

Em uma breve recapitulação histórica, é possível atribuir a origem da criminalização de uso, porte e comércio de drogas as Ordenações Filipinas porque disciplinavam o tema em seu Livro V, título LXXXIX.

A frente no tempo, na edição de 1890 do Código Penal, era disposto no Título III da Parte Especial o tema dos crimes contra a tranquilidade pública sendo que no art.159 criminalizava-se: “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, tendo como pena cominada à de multa.¹

Já no ano de 1932 ocorrem inovações jurídicas que se deram no campo penal com a consolidação das Leis Penais. Dentre elas cita-se a mudança promovida no *caput* do art.159 ao qual foi acrescido um total de doze parágrafos sendo que em um deles estava disciplinada a possibilidade de se cominar a pena de prisão. Ocorre nesta época a densificação e a complexificação das condutas típicas contra a saúde pública.²

Segundo Salo de Carvalho:

“A pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passam a delinear novo modelo de gestão repressiva, o qual encontrará nos Decretos 780/36 e 2.953/38 o primeiro grande impulso na luta contra as drogas no Brasil.”³

Na edição do Código Penal de 1940 acontece a sistematização da política proibicionista. As de repressão contra as drogas, por exemplo, passam a ser estruturadas como sistemas punitivos autônomos, com a criação de tipos penais próprios. Nela, busca-se coibir o comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, justificando o aumento da repressão pela adoção do discurso ético-jurídico.⁴

Como exemplo do viés adotado por aquela edição do Código Penal, cita-se o art. 281 que traduz o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes.

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, ou regulamentar:

Com a edição da Lei 6.368/76 é realizada uma distinção entre as figuras do traficando e do consumidor de drogas com emprego, para diferenciá-los, do modelo médico-sanitário-jurídico. Sobre o traficante recairia o discurso jurídico penal para caracterizar o criminoso que corrompe a moral e a saúde pública. Sobre o usuário, o discurso empregado seria o médico-psiquiátrico difundido pelo estereótipo da dependência química.⁵

¹ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

² CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Atualmente, a regulamentação repressiva contra as drogas encontra-se disciplinada na Lei 11.343/06 que traz toda a matéria político-criminal e jurídico-penal sobre entorpecentes, a denominada Lei de Tóxicos ou Lei de Drogas. Dentre suas disposições, no art. 28, consta a descrição da conduta típica do porte de droga para consumo, crime este objeto de análise do capítulo.

Consta do referido artigo:

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

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento 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.”⁶

3.1 Despenalização ou descriminalização

O crime em análise contém algumas singularidades as quais deram causa a diversos debates. Um deles é sobre se teria havido a despenalização ou descriminalização da conduta posto que extinta a possibilidade de condenação a pena privativa de liberdade. Além disto, o dispositivo legal trouxe algumas penas alternativas inéditas e inovadoras as quais também são objeto de debate quando se pensa na despenalização ou descriminalização da conduta.

O legislador, frente a desproporção e falta de razoabilidade na aplicação da pena do tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) ao agente flagrado portando ilícitos para o

⁶ PLANALTO. *Lei 11.343/06*. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

consumo próprio, elaborou um novo tipo com penas mais brandas, este previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Como dito, a inovação que deu causa a esta discussão relaciona-se ao fato de que para esta espécie de crime é vedado a cominação de pena privativa de liberdade. Para esta conduta devem ser aplicadas aquelas penas alternativas exclusivas trazidas pelo texto do artigo. A vedação ganha mais sentido quando se pensa na função ressocializadora da pena, pois, a prisão nesta hipótese caminhará em um sentido diametralmente oposto. Ela distanciaria o agente do tratamento que lhe é adequado, pois, a prisão nas atuais circunstâncias insere o recluso em um sistema penitenciário economicamente falido e juridicamente inconstitucional. Não há neste caso condições de ressocializá-lo e tão pouco tratar de sua dependência química.⁷

Todavia, em que pesa a construção deste tipo para o qual não há cominação de pena privativa de liberdade, não foi retirado da conduta a natureza jurídica de crime. Não se pode confundir a despenalização da conduta com a descriminalização, pois, conforme texto da constituição federal, é possível a cominação de penas diversas da privativa de liberdade ou multa.⁸

Sobre o tema, Cléber Masson e Vinícius Marçal dizem:

“A opção legislativa pela manutenção dessa natureza jurídica foi declarada ao se batizar com a expressão “dos crimes e das penas” o Capítulo III do Título III da Lei 11.343/2006, dentro do qual se encontra o art. 28. A falta de previsão de pena privativa de liberdade para os crimes de consumo pessoal (despenalização) não constitui óbice à identificação de sua natureza como criminosa, haja vista que a própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLVI) delega ao legislador a possibilidade de estabelecer aos delitos outras penas que não a privativa de liberdade e a multa”⁹

Ricardo Antônio Andreucci, também acrescenta seu posicionamento sobre a discussão acerca da descriminalização ou despenalização da conduta prevista no art. 28 da seguinte forma:

“Para a mínima parcela da doutrina pátria, a nova redação descriminaliza o porte de drogas para consumo próprio, uma vez que não prevê mais privativa de liberdade ao usuário de drogas, trazendo apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito. Não houve, entretanto, a descriminalização da posse de droga para consumo próprio, mas apenas a diminuição da carga punitiva, pois a nova lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe, dentre outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisas que não acontecia na legislação anterior, onde, ante a permissividade da Lei nº. 9.099/95, poderia ele transacionar com o Ministério Público, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos.”¹⁰

É nesta esteira que também entendeu o Supremo Tribunal Federal no RE 430.105/RJ

⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

¹⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

“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 desapareço 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. (RE 430105 QO, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)“. (grifo meu) ¹¹

Entretanto, é necessário trazer a argumentação contrária a qual defende a perda do caráter de infração penal da conduta de portar drogas para consumo pessoal. Sustenta-se que por não prever pena de reclusão ou de detenção, houve a perda do caráter de crime. Além disto, por não ser cabível também a prisão simples, restaria prejudicada a classificação como contravenção penal caracterizando-se, portanto, uma infração “*sui generis*”.¹²

Outro argumento apresentado é que próprio legislador, no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, estampou que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa” e pelo tipo em questão não se enquadrar nesta classificação, então não haveria que se falar em crime.¹³

O que tem prevalecido hoje é o entendimento do Supremo Tribunal Federal apresentado acima o qual caracteriza o fato como despenalização, afastando assim o reconheci-

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 430.105. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da comarca do Rio de Janeiro. Relator (a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>.

¹² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006.

¹³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006.

mento de um “*abolitio criminis*”. Desta forma conclui-se que para a jurisprudência a conduta de portar drogas para o consumo próprio continua típica, ilícita e culpável.

3.2 As características do crime

Por estar pacificado que a conduta do art. 28 da Lei 11.343/06 continua a ser típica, já que houve apenas a sua despenalização e não descriminalização, então torna-se necessário o aprofundamento no estudo de suas características. Direciona-se agora a um estudo sobre as condutas do tipo, sobre as possíveis penas, sobre o sujeito ativo e a vítima, sobre o bem jurídico tutelado e sobre a sua classificação como crime de perigo abstrato. O aprofundamento nestas características propiciará uma melhor compreensão a respeito da aplicação do Princípio da Insignificância nesta espécie de crime.

3.2.1 As condutas do tipo

Ao observar o disposto no art. 28 conclui-se que ele descreve os atos de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo próprio. Busca-se com isto proteger a saúde da incolumidade pública.¹⁴

Sobre os verbos nucleares, Fernando Capez desenvolve cada um da seguinte forma:

Adquirir é obter mediante troca, compra ou a título gratuito; guardar é a retenção da droga em nome à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em manter a droga para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém; ter em depósito é reter a coisa à sua disposição, ou seja, manter a substância para si mesmo; transportar pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se a droga for levada junto ao agente, a conduta será de “trazer consigo”. Trata-se de delito instantâneo que se consuma no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer; trazer consigo é levar a droga junto a si, sem o auxílio de algum meio de locomoção; semear é espalhar, prolar, deitar, lançar sementes ao solo para que germinem. O crime é instantâneo, pois se consuma no instante em que a semente é colocada na terra; Cultivar é fertilizar a terra pelo trabalho, dar condições para o nascimento da planta, cuidar da plantação, para que esta se desenvolva. É figura permanente, protaindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e existir um vínculo entre o indivíduo e a plantação; Colher é retirar, recolher a planta, extraindo-a do solo.”¹⁵

Diz então que o porte para consumo configura um crime de ação múltipla ou conteúdo variado. O agente que realizar mais de uma destas ações, em ralação a um mesmo objeto material, responderá por um único delito. Além destes elementos objetivos deve haver conjuntamente o elemento subjetivo específico, a qual é a ação voltada para o consumo pessoal.¹⁶

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

¹⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

Destaca-se a equiparação feita entre a posse para consumo pessoal e a conduta de cultivo de plantas com um princípio ativo causador de dependência física e psíquica, caso esta também seja para o consumo próprio.¹⁷

Aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas cujo destino é a preparação de pequena quantidade de substância para o consumo próprio responderá conforme §1º do art. 28 da Lei 11.343/06. Já aquele que importa ou realiza o preparo de pequena quantidade de substância, ambas condutas voltadas ao consumo pessoal, também responderá pelo mesmo crime, porém, pela analogia “*in bonam partem*”.¹⁸

Há ainda uma terceira elementar, dita como elementar normativa do tipo, a qual se refere ao ato realizado “sem autorização ou em desacordo com determinação legal, ou regulamentar”.¹⁹

Sua verificação é igualmente importante, pois, conforme art. 2º *caput* e parágrafo único da Lei 11.343/06 é possível a autorização de uso estritamente ritualístico-religioso e de plantio, cultura e colheita exclusivamente para fins medicinais ou científicos. Em qualquer destas hipóteses haverá então atipicidade da conduta.

Nota-se, portanto, que para a consumação deste crime é necessária a existência conjunta das três elementares: objetiva, subjetiva e normativa. Só há o crime do art. 28 da Lei 11.343/06 quando ocorrer qualquer das ações descritas com destino ao consumo pessoal do usuário e sem autorização estatal.

3.2.2 As possíveis penas

Além desta análise das condutas descritas no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, importa estudar agora às possíveis penas cominadas, cuja disposição está no *caput* e no §6º do referido artigo. São elas: advertência sobre efeitos da droga, prestação de serviço à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo, admoestação verbal e multa.

Sobre a primeira espécie de sanção penal prevista, qual seja a advertência, discorre Andreucci:

“Cuida-se de nova modalidade de sanção não privativa de liberdade, sem precedentes na legislação penal pátria. Tem a advertência natureza jurídica de pena, podendo gerar inclusive, reincidência. O Juiz deverá aplicá-la na própria audiência preliminar, já que o rito processual, nestes casos, segue o disposto do arts. 60 e seguintes da Lei n.º. 9.099/95, conforme determina o art. 48 da nova lei. Na audiência preliminar, havendo a proposta de transação pelo Ministério Público, consistente em advertência sobre os efeitos da droga, aceita pela defesa, deverá o juiz censurar levemente o autor do fato, esclarecendo-o sobre os efeitos nocivos da droga (não somente para ele próprio, mas também para toda a sociedade), de tudo lavrando-se termo, que deverá ser subscrito pelos presentes (juiz, promotor de justiça, autor do fato e defensor. Caso não seja aplicada em audiência preliminar,

¹⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

¹⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

deve o juiz designar audiência para tal fim, nos moldes da audiência admonitória da suspensão condicional da pena.”²⁰

Já sobre a segunda espécie de pena prevista, qual seja a de prestação de serviços à comunidade, diz Andreucci:

A prestação de serviço à comunidade foi erigida à categoria principal, perdendo seu caráter substitutivo que lhe é imposto pelo Código Penal. Essa pena terá o prazo máximo de 5 meses, devendo ser gratuita e seguir as regras do art. 46, §3º, do Código Penal, sendo atribuída conforme as aptidões do autor do fato e cumprida a razão de uma hora tarefa por dia da semana, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Na nova Lei de Drogas, a prestação de serviço 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. Em caso de não cumprimento, a prestação de serviço à comunidade poderá ser substituída por admoestação verbal ou multa.”²¹

Sobre o comparecimento a programa ou curso educativo tem-se que esta é também uma inovação jurídica criada pela Lei de Drogas com um viés de caráter educativo e terapêutico. Ela gera reincidência e tem o prazo máximo de 5 meses. Quando insuficiente a repressão da conduta frente ao descumprimento desta pena, poderá ela ser substituída pela admoestação verbal ou multa.²²

Sobre esta última, qual seja a admoestação verbal, se atribui o objetivo finalístico de fazer com que o infrator cumpra as medidas descritas no art. 28, II e III da Lei n.º 11.343/2006. É uma penalidade mais séria em relação à advertência.²³

Ainda sobre admoestação verbal, também desenvolve Andreucci da seguinte maneira:

“Cuida-se de nova modalidade de pena instituída pelo art. 28, §6º, I, da Lei de Drogas, aplicável ao agente que, injustificadamente, se recuse a cumprir as medidas educativas de prestação de serviço à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo. Deve consistir em censura verbal feita pelo juiz, concitando o agente a cumprir à medida que lhe foi aplicada. O agente deve ser submetido a admoestação verbal em audiência para este fim designada, de tudo lavrando-se termo, por todos assinados (juiz, promotor de justiça, autor do fato e defensor).”²⁴

Por fim, tratando da pena de multa, cujo caráter é pecuniário, só será aplicada ao agente que injustificadamente deixar de cumprir com as outras medidas acima descritas.

Em que pese estar pacificado que houve a despenalização, isto relaciona-se somente com a pena privativa de liberdade já que somente ela restou vedada. Como demonstrado acima, outras medidas repressivas foram previstas, algumas inclusive novas no ordenamento jurídico penal e exclusivas deste crime como, por exemplo, o comparecimento a programa ou

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²¹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²² ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²³ GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada*: Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

curso educativo. Ou seja, aquelas condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo permanecem típicas e puníveis, com sanções previstas na legislação.

3.2.3 Os sujeitos do crime

Dado a natureza de crime comum, considera-se que qualquer pessoa possa poderia agir como sujeito ativo do crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Todavia, é necessário destacar que por um tempo a caracterização do agente foi problemática. Distinguir o usuário do traficante só começou a ser possível com a edição da Lei 6368/76, pois, é nela que se promoveu o uso de critérios diferentes para cada figura. O já apresentado modelo médico-sanitário-jurídico é que permitiu um avanço significativo por tratar do usuário pelo viés médico-sanitário e do traficante pelo jurídico-penal.²⁵

Caracteriza-se o crime em análise como comum ou geral podendo, portanto, ser cometido por qualquer pessoa, sem haver alguma qualidade especial do agente.²⁶

Com relação à vítima, coloca-se a coletividade caracterizando, portanto, um crime vago.²⁷ Porém a identificação do sujeito passivo também perpassa pelo estudo do bem jurídico tutelado já que guardam estrita relação.

3.2.4 O bem jurídico tutelado

Neste tópico está outro relevante debate sobre o crime de porte de drogas para consumo pessoal, principalmente para o estudo da aplicação do princípio da insignificância. Conflitam-se neste campo duas ideias sobre qual seria o bem jurídico tutelado e por consequência quem seria a vítima que o detém.

A primeira, majoritariamente adotada no âmbito jurídico, defende que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, portanto, afigura-se como vítima a coletividade. Ela parte do pressuposto de que o art. 28 da Lei 11.343/06 não criminaliza a conduta de “usar droga”, mas apenas o porte, pois, sua finalidade seria de reprimir a circulação das drogas, sua disseminação e o perigo social que estas representam.²⁸

Segundo Fernando Capez:

“No delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, poder-se-ia alegar ofensa a esse princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal à própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (os usuários costumam dizer: “se eu uso droga, ninguém tem nada haver com isso, pois o único prejudicado sou eu”). Tal argumento não convence. A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado

²⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

²⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

²⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.²⁹

Nesta mesma esteira, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[. . .] 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.

[. . .]

(RHC n. 35.920/DF, Relatoria de Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª T., DJe 29/5/2014).³⁰

Este é o entendimento adota do e difundido pela jurisprudência no Brasil. Todavia, a concepção de saúde pública é vaga, uma imprecisão técnica que dificulta a determinação de até que ponto a conduta típica está, de fato, causando violações.

Neste cenário surge a segunda ideia a qual defende ser o bem jurídico tutelado somente a própria saúde do usuário o que violaria o princípio da lesividade ou ofensividade, devendo, por tanto, ser considerado inconstitucional o dispositivo.

Destaca-se a importância dos princípios da lesividade e da ofensividade, pois, assim como o da insignificância, servem como ferramentas de interpretação restritiva do Direito Penal. É indispensável para um funcionamento harmônico do sistema penal porque evitam que as punições sejam feitas de forma injustificada sem haver motivos socialmente relevantes. Todavia, este ainda é um posicionamento minoritário e tem prevalecido no Brasil a primeira ideia para qual o bem jurídico tutelado é a saúde pública e a vítima seria a coletividade.

3.3 Crime de perigo abstrato

Entitula-se como de perigo abstrato aquelas espécies de crime para as quais o legislador deixou de indicar um resultado naturalístico da conduta descrevendo assim, somente o comportamento. Ou seja, a norma penal não exige um dano efetivo, a conduta por si só é elevada a posição de crime. Como exemplos cita-se a direção embriagada

²⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. RHC 35910/DF. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 2014.

ou mesmo o porte de drogas para consumo pessoal nos quais não é necessária uma expressão do dano na realidade, bastando que o agente realize a conduta descrita no tipo.

31

A constitucionalidade deste tipo de classificação do crime tem sido objeto de discussão. Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade sob o argumento da violação de princípios de direito como o da ofensividade e da lesividade.

Cezar Roberto Bitencourt sustenta que:

“Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.”³²

Todavia, este posicionamento é minoritário e os crimes de perigo abstrato tem sido tomados como validos e constitucionais, inclusive sendo largamente utilizado pelos tribunais superiores. Segundo a jurisprudência do STJ, não só é empregável tal classificação como também é justificativa para dizer ser impossível a aplicação do Princípio da Insignificância.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIA INADEQUADA. CRIME. DESPENALIZAÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SEGUIDO PELA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que a pequena quantidade de entorpecente apreendida é circunstância inerente ao delito, além de se tratar de crime de perigo abstrato e presumido.

2. A ação constitucional do habeas corpus não é via adequada para a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo legal. Ademais, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE n. 430.150/RJ), o porte de entorpecentes para consumo pessoal é crime, tendo apenas ocorrido a despenalização.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 165.570/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022.)

A conclusão extraída disto é que o crime de porte de drogas para consumo pessoal recebe esta classificação, jurisprudencialmente reconhecida, como sendo um crime de perigo abstrato. No que lhe concerne, estaria o crime consumado a partir da conduta, independentemente do resultado naturalístico. Além disto, tal classificação tem servido de fundamento a impossibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância.

³¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. 58 p.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

Inicialmente foi apresentado o Princípio da Insignificância onde no seu processo histórico foi possível visualizar algumas das justificativas para sua existência e reconhecimento como princípio de direito. Através da obra “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Claus Roxin foi possível notar uma verdadeira sistematização deste princípio. A ele foi atribuída a natureza jurídica de uma causa excludente de tipicidade. A partir disto, foram apresentados os parâmetros de aplicação deste princípio segundo a jurisprudência, em especial aquela construída pelo Supremo Tribunal Federal. Também foi desenvolvido um aprofundamento sobre cada um dos quatro parâmetros lá indicados.

Posteriormente, foi promovida uma análise aprofundada sobre o crime de porte de drogas para consumo pessoal, sobre o debate da despenalização ou descriminalização, sobre as características do crime e por fim sobre a classificação do tipo como de perigo abstrato.

Neste capítulo, as construções feitas em ambos os momentos do trabalho serão unidos com a finalidade de analisar, juntamente com outros aspectos, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Buscar-se-á analisar os fundamentos empregados tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a aplicação ou não do princípio da insignificância ao crime em questão.

4.1 Segundo a Doutrina

Na literatura é possível encontrar diversos posicionamentos doutrinários, inclusive divergentes, a respeito da aplicação do princípio da insignificância no crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Como demonstrado no tópico 1 deste trabalho, a aplicação do referido princípio gera o reconhecimento da atipicidade da conduta de modo que nem mesmo as medidas alternativas previstas deverão ser aplicadas.

Destaca-se que na discussão sobre a despenalização ou descriminalização, prevaleceu a primeira porque a conduta permanece típica, ilícita e culpável. Tal despenalização decorre da desproporção na aplicação da pena do tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) bem como da falta de razoabilidade na aplicação da pena de dois anos prevista na antiga Lei de Drogas. Ou seja, com a nova lei de drogas (11.343/06), não há que se falar em desproporcionalidade frente as novas medidas alternativas aplicáveis ao usuário.¹

Por esta razão, autores como Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, adotam o posicionamento de que, havendo o reconhecimento do princípio ao crime em questão, haverá por consequência um “esvaziamento” da norma. Isto porque a

¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

sistemática adotada pelo legislador já pressupõe certa irrelevância na conduta, tanto que previu penas significativamente menos drásticas. Para estes autores, a pouca quantidade de drogas é inerente ao tipo e concretiza a consumação da mesma forma.²

Com um posicionamento oposto, cita-se o autor Luiz Flávio Gomes para o qual é possível a aplicação do princípio da insignificância a conduta de porte para consumo. Segundo ele, caso a droga apreendida não tenha nenhuma capacidade para ofender o bem jurídico tutelado, haja visto a quantidade irrisória de substância, então a conduta não poderá ser penalmente reconhecida e tão pouco punida. Como a consequência natural da aplicação do princípio da insignificância, deverá ocorrer a exclusão da tipicidade da conduta irrelevante.

O autor se aprofunda no tema da seguinte forma:

“A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima e da sua finalidade (uso pessoal), não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-penal”). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante.³

É nesta mesma esteira que Salo de Carvalho se posiciona, argumento que se da conduta sobrevierem danos irrelevantes, estaria afastada a tipicidade da conduta. Mais do que uma análise sobre os resultados da conduta, propõe também que sejam analisadas as circunstâncias do autor do fato e sua capacidade para compreender a extensão do problema a sua saúde privada.

Conforme o autor:

Desta forma, não reconhecer o envolvido no caso como sujeito com capacidade de fala, autônomo e responsável pelos seus interesses (no caso, sua saúde privada), em razão da supremacia da saúde pública, é aniquilar qualquer possibilidade de transformar o espaço jurídico em campo de diálogo democrático. Conforme exposto, análise material desta estrutura típica impõe como imprescindível a verificabilidade concreta da capacidade de ofensa, sobretudo a idoneidade da droga para causar a dependência, motivo pelo qual a quantidade ínfima torna atípica a ação.⁴

De toda forma, o que se observa é que a doutrina diverge quanto à aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. Em síntese, o posicionamento contrário sustenta que o reconhecimento do princípio levaria ao esvaziamento da norma posto que em sua essência e nos motivos que levaram a sua criação pressupõe certa irrelevância.

Já o posicionamento favorável busca seu fundamento na ausência de resultado naturalístico da conduta porque sem ofensa ao bem jurídico tutelado, não haveria que se

² MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

³ GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

⁴ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

falar em crime devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta. Esta linha de pensamento está amparada nos princípios da lesividade e da ofensividade.

4.2 Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Enquanto órgão do poder judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça desempenha um papel fundamental na construção da segurança jurídica do país. Criado pela Constituição da República de 1988, tem a atribuição de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território nacional. Leis estas que, por estarem hierarquicamente abaixo da constituição, devem sempre respeito aos princípios constitucionais e as garantias do Estado de Direito.

Neste órgão, o entendimento majoritário dos Ministros é no sentido de vedar a aplicação do princípio da insignificância no art. 28 da lei 11.343/06. Nota-se da jurisprudência que os argumentos apresentados tratam como bem jurídico tutelado pelo tipo a saúde pública além de classificar o crime como de perigo abstrato. Desta forma, seriam estes os fundamentos para afastar a possibilidade de reconhecimento da irrelevância.

Como a decisão que consolidou este posicionamento, apresenta-se a Ementa do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 35.920/DF, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz e amplamente reproduzida pela corte.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes.

2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.

4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC n. 35.920/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/5/2014, DJe de 29/5/2014.)

Como dito e observado no posicionamento do Ministro Relator, para a maioria desta corte, não se admite a aplicação do axioma em questão. O legislador já tratou de impor medidas diversas, com caráter educativo para alertar o usuário dos riscos a sua saúde bem como evitar a reiteração delitiva. Não somente isto, também reconheceu que a ínfima

quantidade de drogas apreendidas não afasta a tipicidade da conduta, estando, por tanto, consumado o crime.

Quanto ao bem jurídico tutelado, nota-se que o Ministro Relator considera a saúde pública. Adotou, por tanto, o posicionamento de que a conduta de portar drogas para consumo pessoal extrapola o âmbito privado do indivíduo e afeta também a coletividade, detentora da saúde pública. Além disto, o Ministro Relator também justifica a impossibilidade de se aplicar o princípio pelo perigo abstrato da conduta o qual não depende de algum resultado naturalístico, bastando para a consumação a prática do fato típico.

Existem ainda outros julgamentos nos quais há um posicionamento diverso deste apresentado. Cita-se como decisão paradigmática a do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro no Resp n° 164.861. Em seu voto o referido Ministro afirmou que a existência da infração penal depende, pelo menos, da probabilidade de ofensa ao bem jurídico. Todavia, é um posicionamento minoritário e quase isolado no Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual assume o posto de paradigmática.

Segundo o Ministro:

“Por isso, a minha colocação é de a quantidade ser relevante para configurar o ilícito. Se ínfima, não puder ofender o bem jurídico, isto é, impedir o tráfico ou ser ineficaz para gerar dano à saúde do usuário, parece-me não ser relevante para a caracterização do crime.[...] Sempre entendi, e já manifestei no início do voto, para a existência da infração penal, é necessário haver, pelo menos, a probabilidade de ofensa ao bem jurídico.

Desta forma, é possível concluir que os argumentos desfavoráveis a aplicação do referido princípio pressupõem que para a consumação do delito é indiferente quantidade de substância apreendida com o usuário, já que a ínfima quantidade é parte da essência do crime. Sustentam ainda a impossibilidade pelo perigo abstrato da conduta que se consuma com o ato e não com o resultado. Além, há o dever do Estado de assegurar a saúde pública a qual é tida como bem jurídico tutelado.

Para as posições favoráveis, em que pese a classificação de crime de perigo abstrato, deve ficar demonstrado a capacidade da conduta em atingir o bem jurídico tutelado. Ou seja, não se sustenta uma resposta punitiva tão-somente pelo perigo presumido da conduta. É exigido uma análise do perigo em concreto.

4.3 Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF)

Como já apresentado neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal é quem estabeleceu os parâmetros de aplicação do princípio da insignificância. São eles: i. A mínima ofensividade da conduta; ii. Nenhuma periculosidade social da ação; iii. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; iv. Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Diferentemente do que acontece no STJ, nesta corte há mais divergência quanto a aplicação do referido princípio no crime do art. 28 da lei 11.343/06. Cita-se de início a ementa do Habeas Corpus n° 110.475 de relatoria do Ministro Dias Toffoli aonde decidiu-se

favoravelmente pela aplicação da irrelevância.

“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.

Nota-se que o posicionamento é contrário ao majoritariamente dotado pelo STJ porque foi reconhecida a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, justificado na ínfima quantidade apreendida. Pelas circunstâncias do caso concreto, julgou-se possível a aplicação do axioma porque a conduta do agente, ainda que de perigo abstrato, não tinha nenhuma ofensividade, era de um grau irrelevante de reprovabilidade, não demonstrava nenhuma periculosidade social e não implicou em expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Sustentou-se que uma decisão não poderia estar baseada somente no perigo abstrato da conduta, ignorando sua expressão no caso concreto porque estaria desta forma o Direito Penal respondendo de forma desnecessária. Este tipo de interpretação ignora princípios e instrumentos fundamentais contidos na Constituição Federal. Sustentou também que, em que pese a obrigação do Estado de proteger a saúde pública, não deve este papel ser cumprido incriminando condutas que não apresentam nenhum perigo ao objeto jurídico tutelado.

Outro precedente favorável pode ser encontrado no do HC nº 127537 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes em que também reconheceu a atipicidade material da conduta com base nos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da insignificância.

Habeas corpus. 2. Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material.

(HC 127573, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019)

Ao revés, também encontram-se nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, decisões similares com aquelas do Superior Tribunal de Justiça aonde os argumentos são pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de porte para consumo. Como exemplo desta posição cita-se o HC nº 102.940/ES de relatoria do Ministro Ricardo

Lewandowski

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

É evidente que os argumentos aplicados para sustentar a impossibilidade de reconhecimento da insignificância são semelhantes aos utilizados pelo STJ. Por conta do perigo em abstrato da conduta, que se consuma com o ato independentemente do resultado naturalístico, estaria por tanto afastada a aplicação do princípio da insignificância. Além disto, neste julgamento é possível observar um novo argumento, para o qual o reconhecimento do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo prejudicaria as políticas de redução de dano e de prevenção já que estas tem o objetivo de reinserir o usuário através da justiça terapêutica. Com a aplicação deste postulado os objetivos não seriam atingidos porque nenhuma reinserção ou medida acabaria sendo empregada.

Sobre a argumentação favorável, nota-se que são sobre a quantidade ínfima de droga não ofender a saúde pública enquanto bem jurídico tutelado e que uma resposta do direito penal nesta hipótese seria medida desproporcional. Além disto, se notória a inexistência de qualquer periculosidade social da ação, tendo em vista a quantidade irrisória da droga, se há reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento e por fim, se inexpressiva a lesão jurídica provocada então é imperiosa a aplicação do princípio da insignificância.

Com relação à argumentação contrária, para justificar a inaplicabilidade, fundamentou-se no perigo em abstrato da conduta porque nestes bastaria a ação para se consumir o delito, independentemente de resultado naturalístico. Mais ainda, a aplicação do referido princípio prejudicaria a função terapêutica das penas previstas porque o usuário não seria submetido a elas.

De toda forma, o que se extrai de tudo o apresentado é que ainda existe resistência por parte dos tribunais em aplicar o princípio da insignificância no crime de porte de

drogas para consumo pessoal. Se vê claro que os posicionamentos são similares no reconhecimento da saúde pública como bem jurídico tutelado. Mesmo nos casos em que há uma maior valorização da saúde privada enquanto bem jurídico, existe resistência sob a justificativa de que a melhor medida a ser empregada, até para o próprio usuário, seriam as medidas alternativa e terapêuticas trazidas pelo art. 28 da Lei 11.343/06.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho era analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Tal análise passou por três etapas que foram a construção da noção de princípio da insignificância, a construção da noção de crime de porte de drogas para consumo e por fim a análise da aplicação do primeiro no segundo.

Inicialmente, na construção da noção de princípio da insignificância, foi possível concluir que nas hipóteses de condutas ou resultados irrelevantes, aplica-se o dito princípio. Torna-se inadequada uma resposta estatal quando a conduta for considerada penalmente irrelevante.

Dizendo de outra forma, o princípio da insignificância torna desnecessária a atuação do Estado na hipótese de uma conduta ou um resultado que não alcance o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Na caracterização de Claus Roxin, este princípio assume o caráter de uma causa excludente de tipicidade. É um instrumento de interpretação restritiva das normas do Direito Penal.

Para balizar a aplicação deste axioma o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os quatro parâmetros de aplicação, quais sejam: i. A mínima ofensividade da conduta; ii. Nenhuma periculosidade social da ação; iii. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; iv. Inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ressalta-se que devem ser analisados no caso concreto com emprego da proporcionalidade. Não é necessário coexistirem e na mesma intensidade porque um parâmetro pode estar mais evidente que outro.

Na segunda parte do trabalho, foram construídas as noções sobre o crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Lá pode ser evidenciado que a conduta criminalizada não é o uso, mas sim o porte, que busca reprimir a circulação das substâncias entorpecentes. Todavia, foi necessário criar um tipo penal mais brando que o do tráfico de drogas para adequar a punibilidade a este caso porque as punições anteriores mostravam-se desproporcionais.

Esta mudança legislativa que criou o crime do art. 28 teve como característica a vedação a cominação de penas privativas de liberdade. Por conta dela é que surge o debate sobre a despenalização ou descriminalização da conduta que foi pacificado pelo STJ e acompanhada pelo STF. Naquela corte assumiu-se que houve apenas a despenalização, afastando a ideia de um “abolito criminis” porque a conduta permanece típica, ilícita e culpável, inclusive com penas alternativas previstas no corpo do artigo.

Na intenção de aprofundar no estudo deste crime foi realizado uma análise de cada uma das suas características. O que vale destacar é a discussão sobre o bem jurídico tutelado que, para alguns autores e para os tribunais, seria a saúde pública enquanto, para outros autores, seria somente a saúde privada do indivíduo.

Além disto, outra característica relevante deste crime e que fundamenta diversas

das posições jurisprudências e doutrinárias é sua classificação como de perigo abstrato. Recebe tal classificação porque para esta espécie de crime o objetivo é evitar um resultado através da proibição de uma prática. Ou seja, o crime se consuma com a conduta e não com o resultado naturalístico.

Por fim, no terceiro capítulo do trabalho, foi analisada a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. No posicionamento doutrinário nota-se divergência entre autores.

Para os que negam a possibilidade, os argumentos são de que isto iria contra a essência do artigo e promoveria o esvaziamento da norma. Alega-se que o legislador já pressupôs certa irrelevância na conduta quando elaborou o tipo. Para os que afirmam ser possível, os argumentos são no sentido de exigir uma análise do caso concreto para aferir a real capacidade da conduta em ofender a saúde pública. Para esta parcela da doutrina o julgador não pode limitar-se a classificação do perigo abstrato para negar a incidência do axioma.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça o tema é mais pacificado no sentido de considerar inaplicável a insignificância no crime do art. 28 da Lei 11.343/06. Postura majoritariamente adota, argumenta pelo perigo em abstrato da conduta, pela proteção da saúde pública enquanto bem jurídico tutelado e que a ínfima quantidade de substância é inerente ao tipo.

No Supremo Tribunal Federal, em que pese existir mais divergência nos precedentes, também tem maioria para considerar inaplicável o axioma, assim como no STJ. Nesta corte os argumentos favoráveis afirmam não bastar para uma condenação o perigo em abstrato da conduta sendo necessário também uma análise do caso concreto para verificar a existência daqueles parâmetros de aplicação.

Possível concluir desta maneira que os posicionamentos contrários a incidência do postulado parecem equivocados. O fato de o legislador criar o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06 já pressupondo certa irrelevância na conduta, compara a do tráfico, não pode limitar a análise dela no caso concreto. Inclusive é esta análise que garante não ocorrer o esvaziamento da norma porque restringe a eficácia àquele caso especificamente.

No entendimento de Salo de Carvalho, deve sempre se verifique o perigo em concreto desta conduta porque se não tem capacidade para macular nem a saúde do usuário, então não terá também para macular a saúde pública.

É forçoso pensar que o bem jurídico tutelado é a saúde pública enquanto as penas alternativas previstas para o tipo tem caráter terapêutico para lidar com a dependência química do usuário somente. Além disto, criminalizar uma conduta que mal atinge a esfera privada do indivíduo é contrario a uma série de outros princípios como da transcendentalidade, da lesividade e da ofensividade.

Por estas razões, julga-se perfeitamente possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Apesar de o legislador

já ter considerado certa irrelevância da conduta para elaborar o tipo, isto não afasta a possibilidade de no caso concreto, ela ser tão mais irrelevante a ponto de caracterizar atipicidade da conduta.

Neste sentido, a análise da aplicação deve sempre perpassar pelo perigo em concreto da conduta através dos parâmetros estabelecidos pelos Tribunais Superiores e que permitirão a aplicação do axioma quando presentes, levando a extinção da tipicidade.

Referências

- ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no direito penal*. [S.l.]: Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1988.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraivaa, 2012. 58 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. RHC 35910/DF. 6ª Turma. Recorrente: Lailson Lopes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 430.105. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da comarca do Rio de Janeiro. Relator (a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 111.017. Segunda Turma. Paciente: Jandirlei Schvede Vargas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Ministro Ayres Britto. *DJ de 26/06/2012*, Brasília, 07, de fevereiro de 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed.. ed. [S.l.]: Editora Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. *Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2015.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 38 p.
- MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no Direito Penal*. [S.l.]: Saraiva, 1994.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Lei de Drogas: aspectos penais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8363-5.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

PLANALTO. *Lei 11.343/06*. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm.

ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ISBN 85-7147-177-0.

SOARES, Jefferson. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*. 2015. Monografia em site educacional. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/o-princplpio-insignificancia-no-direito-penal-brasileiro.htm>.