

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NOS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Vinicius Borges Soares¹
Neide Aparecida Ribeiro²

RESUMO: O presente estudo analisa a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Conceituando o princípio da insignificância, que exclui a tipicidade material de condutas irrelevantes ao Direito Penal, e é tradicionalmente afastado nesses casos sob o argumento de que se trata de crime de perigo abstrato, com foco na proteção da saúde pública. O artigo também tratará de decisões pontuais do Supremo Tribunal Federal que indicam a possibilidade de relativização dessa interpretação, especialmente quando presentes os requisitos de mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica. O estudo também acentuará o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506) pelo STF, que trata da desriminalização do porte de até 40g de cannabis, destacando os precedentes para a discussão sobre a proporcionalidade da punição e o respeito aos direitos fundamentais. E defenderá que, embora ainda não haja consenso, a aplicação do princípio da insignificância pode representar um avanço no tratamento penal mais justo e adequado de condutas de baixa lesividade social.

Palavras-Chaves: Princípio da Insignificância. Posse de Drogas. Consumo Pessoal; Perigo Abstrato. Lei de Drogas.

4419

ABSTRACT: This study analyzes the possibility of applying the principle of insignificance to the crime of possession of drugs for personal consumption, provided for in article 28 of Law 11.343/2006. It conceptualizes the principle of insignificance, which excludes the material typicality of conduct that is irrelevant to criminal law, and is traditionally dismissed in these cases on the grounds that it is a crime of abstract danger, with a focus on protecting public health. The article will also deal with specific Supreme Court decisions that indicate the possibility of relativizing this interpretation, especially when the requirements of minimal offensiveness of the conduct, absence of social dangerousness, low degree of reprehensibility and inexpressibility of the legal damage are present. The study will also highlight the judgment of Extraordinary Appeal 635.659 (Topic 506) by the STF, which deals with the decriminalization of the possession of up to 40g of cannabis, highlighting the precedents for the discussion on the proportionality of punishment and respect for fundamental rights. And he will argue that, although there is still no consensus, the application of the principle of insignificance may represent a step forward in the fairer and more appropriate criminal treatment of conduct of low social harm.

Keywords: Principle of Insignificance. Possession of Drugs. Personal Consumption. Abstract Danger. Drug Law.

¹Graduando em Direito na Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1625035830901319>.

²Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG (1990), mestre em Direito Público (Direito Penal) pela Universidade Federal de Goiás (2006), e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília (UCB), na investigação do Cyberbullying (2018). Professora de Direito Penal e Prática Jurídica Penal, da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/3408240625026118>.

INTRODUÇÃO

A tipificação penal da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre a posse de drogas para consumo pessoal, tem sido objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo quanto à sua natureza jurídica de crime de perigo abstrato e à sua compatibilidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da lesividade e da intervenção mínima.

Nesse contexto, a aplicação do princípio da insignificância se apresenta como instrumento de limitação do *jus puniendi* estatal, buscando evitar a criminalização de condutas que, embora formalmente típicas, revelam-se materialmente inofensivas ao bem jurídico tutelado — a saúde pública. Nesse cenário, surge a controvérsia: é juridicamente possível aplicar o princípio da insignificância ao porte de drogas para uso próprio, a fim de excluir a tipicidade material da conduta, mesmo diante de sua classificação formal como crime de perigo abstrato?

A crescente divergência entre a rigidez normativa e a realidade social, bem como os avanços jurisprudenciais, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como no julgamento do Tema 506 do RE 635.659, suscitam a necessidade de reavaliação da política criminal vigente, notadamente quanto à seletividade penal e ao encarceramento massivo de usuários de drogas.

4420

Do ponto de vista técnico, a pesquisa é bibliográfica e documental, construída a partir da análise de doutrina especializada, jurisprudência dos tribunais superiores e regionais, bem como da legislação vigente. Foram examinados autores clássicos e contemporâneos do Direito Penal, Constitucional e da Política Criminal, como Miguel Reale, Maria Helena Diniz, Luiz Flávio Gomes, Renato Brasileiro de Lima, Maria Lúcia Karam, Luís Roberto Barroso, Guilherme de Souza Nucci, entre outros, que oferecem diferentes perspectivas sobre o princípio da insignificância e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

A fundamentação teórica também se apoia em decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como nos Habeas Corpus HC 84.412/SP, que fixou os critérios para aplicação do princípio da insignificância, e HC 110.475/SC, que reconheceu a atipicidade material da conduta de porte de pequena quantidade de droga para uso pessoal.

Diante disso, o presente trabalho propõe-se a analisar a viabilidade jurídica da aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para uso próprio, confrontando os

fundamentos dogmáticos do Direito Penal com os recentes precedentes jurisprudenciais, à luz de uma hermenêutica constitucional garantista.

I. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

I.I CONCEITO

O Princípio da Insignificância, deverá inicialmente ser apresentado, por seus conceitos básicos, para uma melhor compreensão sobre este instituto jurídico, extremamente importante nas relações jurídicas-normativas brasileiras.

Preliminarmente, neste sentido, cabe analisar, separadamente os conceitos de princípio e de insignificância.

Reale ensina que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (Reale, 2003, p. 37).

É possível, deste modo, entender que o princípio inspira a criação da norma, ou seja, tem a função de instruir o legislador ou outro agente jurídico sobre os seus motivos. Para além, é uma base que norteia o indivíduo em relação às várias normas que também já existem, para que saiba como agir frente a elas, como exigir sua eficácia e como aplica-las.

4421

De acordo com Mello (1994, p. 15) somente “há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-as das demais ramificações do Direito”.

Ou seja, adicionando já o entendimento concluso supramencionado, o princípio não vai só ser responsável basilar para a criação ou ação frente as normas, como será também, pela definição do sistema normativo, sendo que desobedecê-lo, ocasionaria no ferimento dos princípios que o alicerça, e, portanto, seu consequente desmoronamento.

Violar, por conseguinte, um princípio, é muito mais grave do que transgredir uma norma. Seria ofender não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Quando surge uma lacuna na interpretação normativa, fruto de uma criação enxuta da norma pelo legislador, sem se prestar a todas as analogias e costumes que abarquem situações vivenciadas em específicos períodos em que perpassa o sistema jurídico, a economia, as

desigualdades, e o cenário social, é possível que os princípios ressurgem do alicerce do sistema normativo, como uma ferramenta questionadora e interpretativa acerca de uma determinada ordem normativa por seus aplicadores.

Diniz assim explica os princípios gerais do direito:

Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais do direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico (Diniz, 2003, p. 458).

Em suma, os princípios possuem papel importante durante o processo de criação de um sistema normativo, e posteriormente, em casos em que haja a contundente necessidade, serão arguidos em diversas fases processuais sob a lógica de interpretações, teses defensivas e julgadores de maneira em que se expanda a sua aplicação em futuras, ou presentes ocasiões em que somente a norma, a analogia ou costume, não poderia abarcar.

Pode-se resumir, portanto, que insignificante é tudo aquilo que não possui valor ou que não apresenta qualquer relevância, ou que não tem a menor importância. No ramo do Direito Penal, seria a incapacidade de um delito ou contravenção incapaz de causar prejuízo, ou meramente uma ação que pudesse ser admitida pela lei e fora dos costumes, que gerasse espanto ou forte abalo, mas com ausência de danos.

4422

Com isso, pode-se compreender melhor o significado do princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela, ao passo que entendemos a importância minuciosa dos efeitos dos princípios no ordenamento jurídico.

Verifica-se, deste modo, que este princípio ocorre quando uma ação tipificada como crime, praticada por determinada pessoa, é irrelevante, incapaz de provocar qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima.

Para que ocorra, assim, um crime punível deve se ter materialidade, autoria, ilicitude e culpabilidade. Quando aplicado ao princípio da insignificância, há uma tipicidade formal, porém é retirada a tipicidade material, ou seja, ainda existe uma conduta ilícita com culpabilidade, materialidade e autoria, mas não será relevante o suficiente para que o sistema jurídico seja acionado. Essa tipicidade material afasta a tipicidade penal, pois o ato não possui relevância jurídica.

O doutrinador Bittencourt também ensina:

A Tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos tutelados, pois não é qualquer ofensa a tais bens suficientes para configurar o injusto típico. É indispensável uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se

pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal (pena aplicável). Não raro condutas que se amoldam, formalmente, a determinado tipo penal não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode não se configurar a tipicidade material porque, a rigor, o bem jurídico não chegou a ser lesado (Bittencourt, 2018, p. 82).

Ademais, é imprescritível analisar o contexto em que a conduta foi praticada, para ao final, concluir se é oportuna ou não, a incidência do tipo penal. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência muitas vezes apresenta resultados diversos sobre casos semelhantes. Cumprindo, deste modo, o papel dos princípios no ordenamento jurídico, pois são estes considerados como garantias fundamentais aos agentes, trazendo, por conseguinte, uma aplicação humanitária das leis. Por isso, é um dever do Estado aplica-los ao caso concreto, desde que atendidos os requisitos.

Como um parâmetro de aplicação, o Supremo Tribunal Federal em 2020, no julgamento do Habeas Corpus nº 175.945, determinou quatro requisitos para aplicação do princípio da insignificância: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A adoção deste princípio contribui para aliviar a Justiça do Brasil, pois é aplicado para coibir penas desproporcionais e severas em ações irrelevantes que não causam alardes ou danos mais gravosos, tornando os processos mais rápidos e reduzindo os custos judiciais.

4423

1.2 CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DO PRÍNCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SEGUNDO O HC 84.412-o/SP

O princípio da insignificância é de fundamental importância no auxílio da interpretação da norma jurídica, tendo em vista possuir amparo nos princípios gerais do direito. O Supremo Tribunal Federal, para facilitar a aplicação e a incidência deste postulado, determinou quatro requisitos necessários para sua a sua aplicação, quais sejam: “(a) ausência de periculosidade social da ação; (b) mínima ofensividade da conduta do agente; (c) a inexpressividade da lesão jurídica causada e (d) a falta de 24 reprovabilidade da conduta.”. (HC n. 84.412-o/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/II/2004.)

O juiz deve inicialmente fazer uma avaliação quanto à perspectiva do agente, observando-se a materialidade da conduta praticada e, se desta forma, evidencia-se a carência material quanto à prática do sujeito. Ainda, para incidir a irrelevância penal da conduta, no direito penal, é de extrema importância a observância quanto à personalidade do sujeito para

que incida o princípio em tela, pois é a própria Carta Maior que prescreve que todo instituto de direito penal, que for aplicado, deve observar os requisitos supracitados.

Conforme os meios e modos utilizados para a realização da conduta e diante de manifestações de ações as quais se utilizam de meios violentos ou ameaçam à integridade moral ou física da vítima e terceiros, não há como reconhecer o prisma da insignificância. Por fim, leva-se em conta a expressão financeira do objeto para caracterizar atipicidade material, ou seja, o preço do objeto do delito. Quando há no patrimônio da vítima efetiva redução e, no do agente, considerável enriquecimento sem causa, há sim a intervenção punitiva estatal, pois se não, estimularia a formação do juízo de que o crime compensa.

2. ART. 28 DA LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006

A Lei de Drogas no Brasil tem como objetivo principal controlar e regulamentar a questão das drogas no país, com foco na prevenção ao uso indevido, tratamento dos dependentes, combate ao tráfico e proteção da saúde pública, ao mesmo tempo em que busca respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos com essas substâncias.

O crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, diz respeito ao uso indevido de drogas. Este artigo descreve uma conduta ilícita que não envolve o tráfico de drogas, mas sim o consumo pessoal ou o porte para consumo próprio de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica.

4424

A lei não especifica uma quantidade exata de droga que configure o crime, diferenciando-se assim do crime de tráfico, que envolve quantidades maiores e outros elementos. No entanto, o porte para consumo próprio normalmente implica em quantidades reduzidas, condizentes com o uso individual.

Na acepção de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 111), lastreada no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, a nova Lei de Drogas aboliu o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal, porquanto as sanções previstas para essa conduta de modo algum permitem a pena de prisão. Segundo o autor, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como crime, mas sim um ilícito penal sui generis, uma vez que teria havido a descriminalização formal.

Porém, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência foi de que não houve a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, pois a Lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe pena (ainda

que não privativa de liberdade), sendo inviável cogitar-se ter havido uma descriminalização formal. Como bem salienta Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30) (LIMA, 2016, p. 701).

O artigo 28, portanto, prevê sanções que visam mais a ressocialização do que a punição severa. Entre as medidas estão advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas, além da possibilidade de comparecimento a programa ou curso educativo. Em alguns casos, pode ser aplicada também a medida de encaminhamento a tratamento de saúde.

Em alguns países e estados, tem havido debates sobre a despenalização do porte de pequenas quantidades de drogas para uso pessoal, principalmente em casos onde não há envolvimento com o tráfico. Essa discussão visa tratar o usuário como um problema de saúde pública, não penal.

A aplicação do artigo 28 pode variar muito conforme interpretações locais e circunstâncias específicas do caso. Algumas críticas apontam para a criminalização do usuário, argumentando que medidas de saúde pública seriam mais adequadas para lidar com o consumo de drogas.

4425

Em suma, o artigo 28 da Lei de Drogas no Brasil trata do uso indevido de substâncias entorpecentes ou que causem dependência, estabelecendo punições que visam orientar o usuário para tratamento e prevenção, ao invés de simplesmente puni-lo de maneira rigorosa como no caso do tráfico. Essa abordagem reflete uma tentativa de balancear a necessidade de controle das drogas com políticas que visam o bem-estar e a saúde do indivíduo envolvido.

2.2 DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

É fato notório que os usuários de drogas lícitas (álcool e tabaco, por exemplo) também colocam em perigo a saúde pública, ensejando gastos cada vez maiores por parte do Poder Público. Daí as perguntas: se os usuários de drogas lícitas também põem em risco a saúde pública, qual a razão da exclusiva incriminação de quem porta droga ilícita? O bem jurídico tutelado não é o mesmo? As respostas para estas questões residem no velado preconceito

existente contra o estilo de vida do usuário de drogas, o qual é costumeiramente associado a um perfil improdutivo e de conduta perigosa, dado o seu estreito relacionamento com traficantes.

É inegável que, indiretamente, o usuário de drogas financia várias ações nocivas à sociedade perpetradas por organizações criminosas. Entretanto, o usuário não pode ser responsabilizado indiretamente por condutas que não praticou. Se não existe um bem jurídico efetivamente lesionado ou concretamente colocado em risco, não há que se falar em crime, logo, o usuário não deve receber qualquer tipo de sanção penal, independentemente da natureza da reprimenda. Assim, quando o usuário adquire uma substância entorpecente ilícita entregando seus recursos financeiros ou patrimoniais ao traficante, não deve responder por qualquer ação posterior praticada por este, visto que tal atitude foge à esfera privada do consumidor de drogas, que não tem o domínio sobre as atitudes nocivas eventualmente praticadas pelo comerciante de drogas.

Nesse contexto, a jurista Maria Lúcia Karam (2006, p.7) afirma que criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal desrespeita o princípio da lesividade, segundo o qual só devem ser punidas as condutas que efetivamente causem danos a bens jurídicos de terceiros. Segundo ela, se a ação não representa um risco real e direto à sociedade, não caberia ao Estado intervir, pois isso implicaria uma violação indevida da esfera privada do indivíduo.

4426

A Constituição Federal inscreveu a liberdade de expressão, pensamento e inviolabilidade à intimidade e vida privada como cabedal de garantias individuais, previsto no artigo 5º, incisos IV, IX e X. Assim, o próprio Estado não pode fomentar um Direito Penal que em seu conteúdo irá menosprezar tais garantias, porque de maneira direta e indisfarçável fará tabula rasa das garantias maiores.

Para Barroso (2017, p. 394) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, deve ser considerado na interpretação da Lei de Drogas, a fim de garantir que a criminalização do uso de drogas para consumo pessoal não se torne uma violação desse direito fundamental.

Por outro lado, há autores que sustentam que o artigo 28 da Lei Antidrogas não fere a Constituição. Um dos principais defensores dessa ideia é o professor Vicente Greco Filho (1996, p. 112-113), que entende que a criminalização do porte de drogas, mesmo que para uso próprio, tem como objetivo proteger a saúde pública. Para ele, o usuário contribui de forma indireta para o problema do tráfico e da disseminação das drogas, pois pode servir de exemplo ou influenciar outras pessoas a também utilizarem entorpecentes.

Greco também argumenta que o vício, além de afetar a saúde individual, pode levar o usuário a comportamentos prejudiciais à coletividade, como o envolvimento em crimes para sustentar o consumo ou a indução de terceiros ao uso. Assim, ele defende que o porte de drogas, ainda que em pequena quantidade, representa uma ameaça ao bem-estar social e, por isso, deve continuar sendo considerado uma infração penal.

Isso significa que a identificação do interesse público e social na tipificação das condutas descritas no art. 28 da Lei é feita a partir da necessidade de restringir riscos relevantes à saúde pública, verdadeiro direito fundamental coletivo, que conforme previsto no art. 196 da Constituição Federal, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. É o que, por exemplo, anima a censura penal àquele que se nega a vacinar-se contra determinada enfermidade e, com sua omissão injustificada, põe em risco a saúde de várias outras pessoas por meio da propagação de germes patogênicos aptos a ensejar uma epidemia.

Em resumo, o debate gira em torno de duas perspectivas distintas: uma que valoriza os direitos individuais e a liberdade pessoal, entendendo que o porte de drogas para consumo próprio não afeta terceiros e, portanto, não deveria ser crime; e outra que prioriza a proteção da coletividade, defendendo que mesmo o consumo individual pode gerar impactos negativos e, por isso, exige controle estatal.

4427

2.2 CRIME DE PERIGO ABSTRATO

A doutrina define o tipo penal previsto no artigo 28 como um crime de Perigo Abstrato, o que significa que, ao praticar tal tipo penal, é presumida uma ameaça à segurança da sociedade. De acordo com o professor Nucci (2020, p. 241), ao cometer tal tipo penal, está-se implicitamente colocando em risco a própria sociedade.

Sendo assim, a criminalização do porte de drogas para consumo próprio visa prevenir possíveis consequências negativas associadas ao uso de substâncias psicoativas, como dependência, problemas de saúde mental e física, e potencial aumento da criminalidade associada ao tráfico e ao uso de drogas.

Crimes de perigo abstrato, portanto, são mais fáceis de serem comprovados pelas autoridades, pois não exigem a demonstração de um dano efetivo decorrente da conduta. Assim, a simples posse da substância ilícita já configura o crime, independentemente de quaisquer outras circunstâncias, conforme julgam em sua maioria, os magistrados brasileiros.

Porquanto, se referindo as discussões, sobretudo a mais conferida pelo poder público, a respeito da maconha, substância ilegal altamente utilizada no Brasil, podemos enxergar mais a fundo, que sua criminalização gera diversas consequências.

A despenalização visa reduzir a superlotação carcerária e o impacto negativo da criminalização não só nos indivíduos, mas também em suas famílias e comunidades. Isso pode aliviar o sistema de justiça criminal, permitindo que os recursos sejam direcionados para crimes mais graves e para abordagens mais eficazes na redução do crime.

Com isso, tratar com menos rigorosidade o porte de substâncias ilícitas para consumo próprio através da aplicabilidade do princípio da insignificância, seria um passo próximo para aqueles que discordam do que esta preceituado na lei.

3. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Mesmo havendo divergência de ser ou não um crime de perigo abstrato, o não emprego de tal princípio não deve ser absoluto, pois uma quantidade mínima de drogas seria mesmo capaz de desencadear problemas de saúde pública. Além disso, não há uma quantidade pré-estabelecida pelo legislador, deixando para uma análise aos casos concretos, o que abre margem para uma desproporção na punibilidade dos agentes.

Como no julgamento da apelação criminal nº 1502632-68.2020.8.26.0536, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2021, no qual o paciente foi preso portando 20 porções contendo cocaína, pesando 26,7g, após o acusado confessar que seria para uso próprio, a defesa pleiteou pela atipicidade da conduta com a aplicação do princípio da insignificância, no qual foi julgado improcedente sob o argumento de se tratar de um crime de perigo abstrato, conforme o voto da relatora Ely Amioka:

Impossível, ainda, se cogitar na aplicação do princípio da insignificância, eis que, nos delitos relacionados a entorpecentes, frise-se de perigo abstrato, o que se busca é a proteção da saúde pública, como já destacada, de forma que o delito em questão efetivamente atinge os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. (Rel. Ely Amioka, 2020, p. 8).

Aplicando o mesmo entendimento temos o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, no julgamento da apelação criminal nº 20180710043903APJ (0004390-93.2018.8.07.0007), negou o pedido de defesa pela aplicação do princípio da insignificância argumentando que não está sendo retirada a liberdade do acusado, mas sim, tutelando a saúde pública, conforme voto da relatora Soníria Rocha Campos D'assunção:

Ademais, o crime em análise é definido como de perigo abstrato, pois o bem jurídico tutelado pela norma é a saúde pública, de forma que não há de se falar em violação ao princípio da liberdade, da individualidade, da vida privada nem da lesividade, porquanto objetiva combater a disseminação do tráfico. (Rel. Soníria Rocha Campos D'assunção, 2019, p. 19).

As decisões dos tribunais estaduais harmonizam com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que possui jurisprudência firmada pela não aplicação do princípio da insignificância, independentemente da quantidade portada pelo agente, sempre retornando ao argumento pautado em sua definição do crime de perigo abstrato.

No Tocantins, portanto, se mantém essa interpretação, sem qualquer aplicação do princípio da insignificância, por ser matéria infraconstitucional, sendo irrelevante sua colocação em tese defensiva, é o que se percebe abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. LEI No 11343/2006. FLAGRANTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. ACONDICIONAMENTO DA DROGA. PROVA DA EXCLUSIVIDADE DE USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE DA FIXAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. À configuração do crime de tráfico de drogas não há necessidade da prova da sua venda ou cessão, basta que se encontre com o acusado o entorpecente para se atingir tal escopo, in casu, droga conhecida como OXI. É inviável a desclassificação do crime de tráfico para o de uso quando ausente nos autos prova da exclusividade de uso próprio, mormente devidamente comprovadas a materialidade e autoria do crime. O princípio da insignificância não incide ao delito de tráfico de entorpecentes, pois é de perigo abstrato, contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, para esse fim, a pequena quantidade de substância apreendida (5,5g de OXI). Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do STJ. Existindo duas condenações com trânsito em julgado anteriores ao delito, esta Corte Superior de Justiça entende ser possível a utilização de uma para caracterizar maus antecedentes e a outra para firmar a reincidência. (TJ-TO - APR: 50017986420128270000, Relator.: MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS).

4429

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28, LEI N. 11.343/06). RÉU ABSOLVIDO EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ NO SENTIDO DE SER INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE DROGA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO, CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA CASSADA CONSOANTE ENTENDIMENTO DO STJ. (TJTO, APELAÇÃO CRIMINAL, 0003253-62.2021.8.27 .2740, Rel. NELSON COELHO FILHO, SEC. 1ª TURMA RECURSAL, julgado em 18/11/2022, DJe 28/11/2022 10:55:20) (TJ-TO - APELAÇÃO CRIMINAL: 0003253-62.2021 .8.27.2740, Relator.: NELSON COELHO FILHO, Data de Julgamento: 18/11/2022, TURMAS RECURSAIS).

Nestes casos apresentados, observa-se que a principal justificativa para se repreender a discussão da aplicação do princípio, é sua classificação como crime de perigo abstrato,

relativizando o conceito propagado de liberdade da própria matéria constitucional.

Contudo, em 2024, abriu-se uma brecha para a discussão referenciada no julgamento do Tema de Repercussão Geral 506 do RE 635.659 do Relator Min. Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, a qual definiu que não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo a cannabis ativa em até 40g, para consumo pessoal, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apenas apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III).

É possível, portanto, que haja futuramente, uma relativização da criminalização de outras substâncias, e mesmo que a discussão gire em torno do crime abstrato, por envolver assunto de saúde pública, poderíamos definir parâmetros diferentes com este precedente.

A discussão aberta no Tema 506 a respeito da compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, traz a possibilidade da maior aplicabilidade do princípio da insignificância nestes casos, já que afasta sua definição de crime abstrato, quando se há a descriminalização através do argumento da lesividade à liberdade da vida privada, não mais sendo pautada como problemática de saúde pública e da coletividade.

4430

Sendo assim, abrindo-se maior caminho à aplicação do princípio da insignificância na lei de drogas é defender uma aplicação justa do Direito Penal com objetivo de se combater decisões desproporcionais que, na maioria das vezes, resulta na prisão de indivíduos com substâncias incapazes de acarretar qualquer mal a si próprio ou à sociedade.

Para os casos em que já foram julgados em detrimento do porte ilegal da maconha, aqueles que já foram sentenciados à prisão ou outro tipo de cumprimento de pena, poderão, através do princípio da retroatividade da lei benéfica, pleitear a nulidade de suas sentenças, exaurindo-se de suas penas, com base no que fora decidido pelo STF.

Entretanto, para os demais que portavam para consumo próprio outros tipos de entorpecentes a restrição de se utilizar desta ferramenta, prevalecendo assim, em maioria das decisões a restrição de usar qualquer tese que afaste do crime abstrato em que cometerem.

Para tanto, nestes casos o princípio da insignificância pode ser uma ferramenta de escape para penas desproporcionais quando se tratando do porte de ilegal, como se constatou já em julgamentos anteriores a noviça decisão do RE 635.659 do STF.

No ano de 2012, no julgamento do Habeas Corpus 110.475 Santa Catarina, o relator

Ministro Dias Toffoli reconheceu pela aplicação do princípio com o seguinte argumento:

Na realidade, considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor René Ariel Dotti (*Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68, item nº 51), cumpre reconhecer que 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. (Min. Dias Toffoli, 2012, p. 4 e 5).

Nota-se que o ministro não se fundamentou unicamente no fato de ser considerado por muitos como crime de perigo abstrato, mas, ao fazer a análise do caso concreto, verificou que, de fato, a quantidade portada pelo agente seria incapaz de causar significativa lesão ao bem jurídico tutelado. Além do mais, o ministro defende que a condenação prevista no art .28 § 2º, se aplicada ao caso, não observaria o princípio da proporcionalidade.

Não há dúvida de que o Estado deva promover a proteção de bens jurídicos supraindividuais, tais como a saúde pública, mas não poderá fazê-lo em casos em que a intervenção seja de tal forma desproporcional, a ponto de incriminar uma conduta absolutamente incapaz de oferecer perigo ao próprio objeto material do tipo. (Min. Dias Toffoli, 2012, p. 14).

O entendimento do Ministro em trazer a aplicação do princípio da insignificância para combater uma pena desproporcional é reafirmado no julgamento do HC 127.573/SP, em 2019, pelo Supremo Tribunal Federal.

4431

Nesse julgamento foi reformada a sentença que condenou a ré ao cumprimento de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, por estar em posse de uma grama de maconha. A decisão, que proferiu a sentença, é baseada nos entendimentos sedimentados no STJ e vem sendo aplicadas nos tribunais estaduais, mas evidenciam a negligência em não se observar o princípio da proporcionalidade.

É evidente, em suma, que quem defende a aplicação do princípio da insignificância busca uma aplicação do Direito Penal justa e adequada ao princípio da proporcionalidade, da não interferência estatal na vida privada e, sobretudo, à aplicação dos princípios que coordenam o Direito Penal brasileiro.

4. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO SOLUÇÃO

As decisões que se baseiam unicamente na ideia de que o porte de drogas para uso pessoal configura um crime de perigo abstrato estão se tornando cada vez mais incompatíveis com os avanços do sistema jurídico brasileiro. A realidade atual exige que os julgamentos levem em conta as particularidades de cada situação, como a quantidade da droga apreendida e o

contexto pessoal do indivíduo envolvido.

Uma pesquisa realizada por Milena Karla Soares, técnica de desenvolvimento e administração do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em 2024 indicou que a depender dos parâmetros considerados, entre 23% e 35% dos réus processados por tráfico que portavam quantidades de cannabis e/ou cocaína compatíveis com padrões de uso pessoal e, com critérios objetivos, poderiam ser considerados usuários. Neste sentido conclui ainda que “deste modo no sistema prisional, se houvesse critérios objetivos para cannabis e cocaína, entre 5,2% e 8,2% dos presos poderiam ser considerados usuários, o que resultaria em uma economia anual de R\$ 1,3 bilhão a R\$ 2 bilhões.”

Cabe, portanto, através da pesquisa determinar que a proporcionalidade da pena definida pelos Tribunais, não só traz prejuízos significantes para a economia, mas de todo modo para a integridade dos usuários, desde o início do processo penal até sua saída do cárcere, já que sabemos que sua incisão na criminalidade se potencializa quando adentrados nas penitenciárias, aqueles, que através da lei 11.343/2006 poderiam ser considerados usuários e terem suas penas definidas como manda os incisos do art. 28, se veem numa derrocada de injustiça pela frente.

Não há que ignorar o princípio anterior ao da insignificância. A desproporcionalidade da pena não deve punir o futuro de um indivíduo que cometeu crime absolutamente incapaz de gerar perigo, senão para si mesmo, vejamos, que Nucci define bem este princípio e sua importância:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na combinação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa. (Nucci. 2020, p. 109).

Aplicar penas severas apenas por força da tipificação legal, sem considerar outros fatores relevantes, acaba gerando sanções desproporcionais, que desrespeitam princípios importantes do Direito Penal, como o da proporcionalidade e o da intervenção mínima. Além disso, esse tipo de abordagem acaba ocupando o Judiciário com casos de baixa gravidade, já que pequenas porções de substâncias não representam uma ameaça concreta à saúde pública — nem mesmo à saúde do próprio usuário.

Para que o Direito Penal atue de forma justa, é essencial que se observe o caso específico, analisando com cuidado a conduta praticada, o perfil do agente e o real impacto da ação. Nesse cenário, o princípio da insignificância surge como uma ferramenta importante para evitar

punições exageradas e garantir uma atuação mais coerente do sistema de justiça.

Dessa forma, é esperado que pessoas flagradas com pequenas quantidades de drogas, sem antecedentes e em situações que claramente indicam uso pessoal, sejam beneficiadas por esse princípio. Tal entendimento segue a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal e demonstra um compromisso com os direitos individuais, com a justiça e com os valores constitucionais que devem orientar a aplicação do Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou demonstrar a relevância da aplicação do princípio da insignificância como instrumento de justiça e proporcionalidade no âmbito do Direito Penal, especialmente em relação aos delitos previstos no art. 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Observou-se que decisões baseadas unicamente na caracterização desses delitos como crimes de perigo abstrato acabam, muitas vezes, por promover punições desproporcionais, atingindo principalmente usuários de pequenas quantidades de entorpecentes.

A análise jurisprudencial e doutrinária evidencia que a aplicação do Direito Penal deve observar os princípios da proporcionalidade, intervenção mínima e individualização da pena, priorizando a análise do caso concreto ao invés de automatismos punitivos que ignoram o contexto e as condições do agente. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como nos casos do HC 110.475, HC 127.573/SP e do RE 635.659 (Tema 506), vem abrindo caminhos importantes para a flexibilização da interpretação penal, especialmente no tocante à descriminalização do porte de pequenas quantidades de drogas para uso pessoal.

4433

Além disso, os dados demonstram que uma aplicação mais racional e humana da legislação penal, considerando a insignificância de determinadas condutas, pode não apenas reduzir o encarceramento em massa, mas também aliviar o sistema de justiça criminal e gerar economia de recursos públicos, sem comprometer a proteção da saúde pública.

Diante disso, conclui-se que a aplicação do princípio da insignificância nos casos de porte de drogas para uso pessoal representa não uma fragilização do sistema penal, mas sim um fortalecimento de sua função garantista e proporcional, alinhada aos valores constitucionais de liberdade, dignidade humana e justiça. Cabe ao Judiciário, portanto, promover uma interpretação evolutiva e sensível à realidade social, evitando decisões que contribuam para a seletividade penal e o agravamento das desigualdades estruturais no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Seção I, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 111.017. Segunda Turma, Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 07 fev. 2012. Publicação: 26 jun. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085879/habeas-corpus-hc-111017-rsstf/inteiroteor-110525157>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.573/SP. Segunda Turma. Rel. Gilmar Mendes. II nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>. Acesso em: 20 abr. 2025.

4434

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 175945 AgR. Primeira Turma. Relator: Roberto Barroso. Julgado em 27 abr. 2020. *DJe-119*, divulgado em 13 maio 2020, publicado em 14 maio 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424095/false>. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 635.659 (Tema 506)*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 26 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2762550856>. Acesso em: 20 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 84.412-0/SP*. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 19 nov. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758761883>. Acesso em: 13 maio 2025.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 458.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação 20180710043903APJ*, nº 0004390-93.2018.8.07.0007. Relatora: Soníria Rocha Campos

D'Assunção. Julgado em 22 ago. 2019. Disponível em:
<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 20 abr. 2025.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. III.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. III.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Tóxico: Prevenção – Repressão. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 112-113.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 167, p. 7, out. 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

4435

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Criminal nº 1502632-68.2020.8.26.0536*, da Comarca de Santos – 6ª Vara Criminal. Relatora: Ely Amioka. Julgado em 02 set. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 20 abr. 2025,

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Apelação Criminal n. 0003253-62.2021.8.27.2740. Relator: Nelson Coelho Filho. Turmas Recursais. Julgado em: 18 nov. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjto.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2025.2.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Apelação Criminal n. 5001798-64.2012.8.27.0000. Relator: Marco Anthony Steveson Villas Boas. Julgado em: s.d. Disponível em: <https://esaj.tjto.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2025.