



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA  
AO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

Gracieli Guimarães

Rio de Janeiro  
2019

GRACIELI GUIMARÃES

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA  
AO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de PósGraduação *Lato*  
*Sensu* em Direito Penal e Processual Penal da  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Professores Orientadores:

Lucas T. Macedo

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A APLICAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

Gracieli Guimarães

Graduada em Direito pela Universidade  
Cândido Mendes. Advogada. Pós-Graduada em  
Direito Público e Privado pela Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O presente trabalho visa trazer para reflexão se atuação do Estado para reprovar o uso e porte pessoal de droga seria necessária, diante da discussão se a conduta típica descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 gera ou não periculosidade social ao ponto de se adotar uma ação repressiva estatal. Na mesma oportunidade, a pesquisa irá abordar se o princípio da insignificância ou delito de bagatela pode ser aplicado ao usuário de drogas, notadamente porque há diversas discussões existentes se o bem jurídico tutelado pela norma sofreria uma reprovabilidade suficiente a ensejar uma atuação estatal, mormente diante das novas disposições trazidas pelo legislador para o crime de usuário de drogas, previstas no novel normativo, no qual foi retirado do preceito secundário da norma a pena privativa de liberdade. Essa postura legislativa, sem sombra de dúvida, reflete um enquadramento do parlamento por uma via de política criminal do não encarceramento, o que denota que o usuário de droga precisa de ajuda do Estado e não de repressão.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Princípio da Insignificância. Usuário de drogas.

**Sumário** – Introdução. 1. Função do direito penal na lei de drogas. 2. Aspectos relevantes do princípio da insignificância. 3. Reflexão sobre aplicação do princípio no artigo 28, da lei nº 11.343/06. conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa se propõe analisar se é possível a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime posse de drogas para uso pessoal, previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06, a partir de uma reflexão se a atuação do Estado para reprovar o uso e porte pessoal de droga, no qual não gera periculosidade social da ação, seria necessária. Sem prejuízo da proposta acima, o ensaio, também, pretende discutir se a reprovabilidade da conduta do agente seria mínima, já que se discute em sede doutrinária e jurisprudencial se a conduta criminosa prevista como crime, fere o bem jurídico tutelado ao ponto de exigir uma atuação estatal pela aplicação do direito penal.

A partir dessa ideia, será formado um debate inicial sobre eventual descriminalização, por questões de política criminal, do crime de usuário de drogas, notadamente porque a redação dada ao artigo em tela, trazida pela Lei nº 11.343/06, não cominou pena privativa de liberdade, vale dizer, o tipo penal contém no preceito secundário

da norma sanção diversa do encarceramento, o que não deixa de ser um avanço legislativo, por conta da lesividade da conduta.

Vê-se, pois, que a escolha do tema foi pelo interesse pessoal ao debate, bem como pela ampla divergência entre os Tribunais e doutrina sobre o assunto. Assim, aos atuantes na esfera criminal, a temática demonstra ser bastante relevante e, portanto, deve ser discutida e refletida com intensidade, diante das interessantes abordagens descobertas pela pesquisa.

Em verdade, há que se reconhecer que a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela sofre muitas críticas, principalmente no que tange a posse de drogas para consumo pessoal, segundo dispõe o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que o mesmo não está consolidado na legislação pátria e, por conta do sistema jurídico da *civil law*, adotado no Brasil, faz com que existam debates para sua incidência no cenário do direito penal

Assim, como parâmetro de estudo sobre o tema, será abordado o conceito de princípios, as divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema. Dessa forma, o primeiro capítulo partirá de uma visão do conceito de Direito penal, a relevância social da pena, do bem jurídico tutelado no âmbito penal, com ênfase naqueles delitos que detém uma proteção estatal mais acentuada, sem prejuízo de trazer para a pesquisa uma seleção jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Por sua vez, o segundo capítulo analisa a evolução histórica, conceito e a natureza jurídica do princípio da insignificância ou delito de bagatela. Além disso, a pesquisa aborda as divergências doutrinárias e demonstra quais os critérios e limites adotados nos Tribunais para aplicação desse Princípio, tendo em vista não haver regra positiva no texto da lei que possibilite a sua aplicação de maneira segura no âmbito do direito penal.

Por derradeiro, o terceiro capítulo inicia a partir de um debate sobre o conceito de drogas, bem como tratará sobre a Política Criminal sobre posse de drogas para uso pessoal, como dispõe a Lei nº 11.343/06. Além disso, será realizada uma intensa reflexão e debate sobre as opiniões doutrinárias sobre a possível descriminalização do crime de usuário de drogas.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será por meio de estudos de precedentes e fundamentos dos Tribunais, bem como as opiniões doutrinárias sobre o tema, fazendo-se uma análise profunda sobre ser possível ou não a aplicação do princípio da insignificância ao crime de posse de drogas para consumo pessoal.

## 1.FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA LEI DE DROGAS

Neste capítulo será feita uma análise de grande importância para entender as premissas referentes ao tema, com o escopo de proporcionar maior compreensão sobre o papel do direito penal no âmbito do Estado e sua relevância para a sociedade.

Nessa linha, não fica difícil concluir que o Direito Penal tem função de controle social, pacificação e viabilidade social por meio de proteção de bens jurídicos, sendo incontroverso que esse encargo de aplicação do estatuto repressivo penal está monopolizado nas mãos do Estado, através do Poder Judiciário quando do exercício da função jurisdicional, que tem por uma das características principais a substitutividade, já que a decisão judicial é imperativa e todos devem respeitar.

Nunca é demais destacar, que nem todos os bens jurídicos são protegidos, já que o legislador ao descrever uma conduta ativa ou omissiva como crime, leva em consideração se o bem é essencial ao indivíduo e a comunidade, ao ponto de sofrer a intervenção do Estado. Sendo assim, uma das formas de proteger o bem jurídico é com aplicação da pena quando tem um bem violado.

A pena é uma sanção imposta pelo Estado, como retribuição, quando alguém pratica uma infração penal, sendo certo que a respectiva sanção somente conseguirá ser aplicada ao final de uma ação penal, onde foi observado o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Daí porque se chegou a um consenso de que a finalidade da pena, além de ser retributiva é, também, ressocializadora, sendo relevante trazer para a hipótese as lições dos professores Gomes e Yacobucci<sup>1</sup>:

Adotados os clássicos princípios liberais, a sanção penal consistente na privação da liberdade somente pode ter incidência quando absolutamente necessária, é dizer, quando outros meios não se apresentem como mais inidôneos (subsidiariedade do direito penal) e mesmo assim tão-somente diante dos ataques mais intensos (para os bens jurídicos mais relevantes) ou que possam causar ao menos sério e concreto risco de dano (perigo concreto) para o interesse tutelado (fragmentariedade do direito penal).

A busca de escolher e estabelecer os bens jurídicos para o direito penal é de suma importância para sobrevivência da sociedade e do Estado Democrático de Direito. Assim, os

---

<sup>1</sup> GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.21.

critérios de seleção desses bens devem passar por uma escala de importância que visa proteger e resguardar os interesses do indivíduo, da comunidade e do Estado.

O conceito de bem jurídico não é um conceito exaustivo, fechado a indicar o que pode ou não ser criminalizado. O conceito de bem jurídico tem variado conforme o contexto histórico e jurídico. A seleção dos bens jurídicos é um critério político influenciado pelo tipo de Estado em que a sociedade está organizada, bem como o conceito é mutável de acordo com a evolução da sociedade e do Estado.

Nesse sentido, nunca é demais trazer o escólio de Rogério Greco<sup>2</sup> que, “com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito”.

Sendo assim, a noção do conceito de bem jurídico penal tem relevância primordial para a incriminação penal e sua para a compreensão exige o estudo histórico de alguns dos principais representantes das teorias do bem jurídico.

O conceito de bem jurídico é extraído da própria Constituição, pois é um meio mais adequado para que a noção do bem jurídico venha a limitar o poder punitivo do Estado. O legislador deve respeitar o limite imposto pela Constituição para escolher os bens jurídicos mais relevantes no direito penal.

Cabe ao legislador eleger os bens jurídicos merecedores de tutela penal, desde que respeite a Constituição. A base da Constituição centra na pessoa e todos os seus direitos fundamentais devem ser respeitados no Estado Democrático de Direito, já que a Constituição é o instrumento mais hábil para determinar os interesses jurídicos realmente merecedores da intervenção estatal.

Nesse caso, os bens suscetíveis de valor jurídico que cabe a tutela pelo legislador são os individuais e os supra-individuais. Daí, conclui a importância de estudar o conceito dos bens jurídicos de cada época, pois o sistema atual é misto, não rompeu com as teorias remotas, pois correlaciona o escopo histórico da construção da teoria do bem jurídico penal e retirou as peculiaridades de cada teoria e utiliza o conceito de bens utilizando como premissa valores a bens individuais e supra-individuais.

O legislador para individualizar os bens mais relevantes de tutela penal pelo Estado deve ser guiado pelos princípios basilares e fundamentais proclamados no Estado Democrático de Direito. A atividade legiferante infraconstitucional tem que considerar os

---

<sup>2</sup>GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 02.

princípios gerais da constituição como seu limite da atividade. O Estado deve considerar as garantias individuais e as institucionais.

Assim, o legislador pautado nos princípios constitucionais para escolher os bens mais relevantes no direito penal esbarra nas próprias limitações do direito para que não possa prever toda e qualquer esfera de proteção, evitando arbitrariedades. Desta feita, o direito penal objetivo tutela os bens jurídicos mais relevantes de acordo como o ponto de vista político e de acordo com a evolução da sociedade por meio do legislador.

Inserido o bem juridicamente no sistema penal surge para o Estado a legitimidade e o poder de interferir na liberdade de seus cidadãos para proteger os bens jurídicos por meio do *jus puniendi*, ou seja, nasce o direito de punir. O direito penal subjetivo é o dever-poder que o Estado tem de criar os tipos penais, bem como de exercer o seu direito de punir caso a norma venha ser descumprida. Nesse caso, o legislador cria a lei e o juiz aplica a punição em caso de descumprimento da norma.

A função limitadora da legitimidade de escolher os bens mais relevantes, bem como na intervenção no bem jurídico deve respeitar os princípios da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, da Ofensividade, da Legalidade, da Intervenção Mínima, da Lesividade, da Adequação Social, da Fragmentariedade, da Insignificância, da Individualização da Pena, da Proporcionalidade, da Responsabilidade Pessoal, da Limitação das Penas, da Culpabilidade, entre outros princípios.

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) entende que cabe o legislador escolher os bens jurídicos mais relevantes e o Tribunal aplicar a lei no caso concreto, pois não afasta a tipicidade material da conduta no caso concreto, pois alega que uma vez tipificado a conduta, a proteção ao bem jurídico pode ser de perigo, abstrato, da sociedade, do indivíduo.

Por outro giro, o Supremo Tribunal Federal (STF) é divergente no seu entendimento, de um lado julga como o STJ; por outro lado, entende que deve analisar o bem jurídico tutelado, tendo em vista que o direito penal só deve proteger os bens jurídicos mais relevantes a sociedade. O fundamento do STF para afastar a tipicidade material é que a norma infraconstitucional não pode sobrepor à norma maior que é a Constituição da República, no qual protege o ser humano como núcleo do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, pedimos vênias para ilustrar o acima exposto, destacando a decisão do Ministro Dias Toffoli<sup>3</sup>, do Supremo Tribunal Federal:

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 110478/SC. Relator: Ministro Dias Toffoli. j 14.02.2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/habeas-corpus-hc-110475-sc-stf>> Acesso em 14 mar.2019.

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. (STF, HC 110478/SC, 1ª Turma Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2012.)

## 2. ASPECTOS RELEVANTES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O pressuposto fundamental e basilar da aplicação do Direito Penal é a Constituição Federal, já que na referida Carta se encontram escorados as bases e os limites para aplicação da sanção estatal. Daí porque a relevância de sedimentar o estudo sobre o princípio da insignificância, ainda que se reconheça que o delito de bagatela seja alvo de discussões pela doutrina e jurisprudência brasileira no que tange especialmente aos limites da sua aplicação.

Em verdade, nas de Cesar Roberto Bitencourt<sup>4</sup>, o princípio da insignificância foi criado na Alemanha no ano de 1964 pelo doutrinador Claus Roxin, e partiu do velho adágio latino mínima *non curat praetor*, que significa que a justiça não cuida de coisas pequenas, e veio a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*.

Todavia, deve-se reconhecer que, ao longo de toda a história da humanidade sempre houve a ideia de não punir, em sede de direito penal, as condutas de bagatela, havendo posicionamentos atuais incentivadores a despenalização das condutas nos delitos insignificantes, por entender que o papel do Estado não é somente exercer objetivamente o *jus puniend*.

Valoroso, então, o pensamento de que o princípio da insignificância nasceu em razão da necessidade de se vislumbrar, na estrutura do tipo penal, um conteúdo material que leve à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena ao autor de um delito. Configura-se, pois, num meio qualificador dos valores da estrutura típica do Direito Penal, já que em face de sua adoção não mais se contenta a simples adequação do fato à norma, com um caráter

---

<sup>4</sup>BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.89.



puramente legalista, o que traduz que tal princípio se escora na teoria da intervenção mínima do direito penal.

Dentro dessa visão garantista, necessária se faz refletir sobre o Direito Penal Mínimo e constatar sinais de uma atuação estatal mais intensa e com maior destaque a incidência do princípio da insignificância, uma vez que o minimalismo se concretiza na ideia de que o sistema jurídico penal seja reduzido ao mínimo de mecanismos punitivos necessários, ou seja, a insignificância se traduz na tese de que o Direito Penal deve abster-se de intervir em condutas irrelevantes juridicamente, deixando tal atuação para outras formas menos gravosas, seja no âmbito civil ou administrativo.

Todavia, como o princípio da insignificância não se encontra numa previsão expressa na legislação penal brasileira, não há como deixar de se reconhecer que a sua essência de construção se escora na doutrina e jurisprudência, que consideram algumas condutas tidas como insignificantes, sob a ótica de um direito penal insignificante e, conseqüentemente, faz com que se exclua a tipicidade material.

Segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes<sup>5</sup>:

A conceituação de tal princípio efetivamente não se encontra na dogmática jurídica pois nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional define ou acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação e das leis e geral. É a criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito.

Fernando Capez<sup>6</sup> conceitua de forma sucinta tal princípio:

(...) 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.

Evidencia-se, desse modo, que o princípio da insignificância atua como base de sustentação de um Direito Penal Mínimo, pois falar em insignificância é falar em princípio da lesividade, em última *ratio* do Direito Penal, em seu caráter fragmentário e subsidiário. Vê-se, pois, que é escorado nessa conjuntura minimalista e de atuação da insignificância, que o Estado deveria pautar sua conduta, por conta do atual sistema penitenciário brasileiro, no qual as mazelas são notórias, não havendo espaço suficiente para a quantidade de indivíduos que se acham amontoados nos presídios, penitenciárias e cadeias públicas, vivendo em condições desumanas e sem nenhuma perspectiva de ressocialização.

---

<sup>5</sup>LOPES, Maurício Antônio. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 99.

<sup>6</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15.ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

Guilherme de Souza Nucci<sup>7</sup>, quando explica o sentido do princípio da intervenção mínima, assim deduz:

Quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

E nem se diga que a adoção do princípio da insignificância poderia se caracterizar como sendo um sinal de recuo do direito penal, notadamente por conta da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal. Ora, o que se pretende é fazer com que condutas, pouco expressivas em termos de violação dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, passem a ser tratadas através de um controle social, fora do direito penal, por seu caráter de bagatela.

Ademais, não se busca tornar lícito o que é ilícito, mas, tão somente, dar um tratamento diferenciado, com análise e solução por outro ramo do direito, levando-se em consideração todas as circunstâncias concomitantes, muitas vezes adversas à própria vontade do sujeito ativo da figura típica, sem mencionar a enorme contribuição para afastar a morosidade jurisdicional na solução do litígio, o que acaba por incrementar o dispêndio do erário público.

Assim, uma conduta insignificante, ou seja, isenta de um resultado socialmente danoso, é atípica, pois lhe falta a tipicidade material, a despeito de possuir uma aparente tipicidade formal. Enfim, nos parece que a aplicação do princípio da insignificância não deve ser confundida com impunidade ou ausência de tutela jurídica, mas encarado como um avanço na análise da conjuntura criminal atual, guiando-se por preceitos de ordem constitucional e tendo os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana como base na intervenção penal.

Desse modo, cabe ao operador da lei penal especificar a área de abrangência dos tipos penais abstratamente previstos no ordenamento jurídico, de maneira a excluir da tutela penal os fatos ocasionadores de insignificante lesão ao bem jurídico tutelado, nos quais se deve aplicar o Princípio da Insignificância.

Frise-se, que esse papel coube aos nossos Tribunais Superiores, que rotineiramente, se utilizam de 4 (quatro) requisitos para aplicação do chamado delito de bagatela, de tal modo que a análise concreta da insignificância da conduta do agente não fique restrita à dimensão

---

<sup>7</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

econômica da perda sofrida pela vítima, sendo levada em consideração ainda, a análise da conduta e do agente.

De se ressaltar, que os requisitos acima citados a jurisprudência sedimentaram como sendo a “mínima ofensividade da conduta do agente”, a “ausência de periculosidade social da ação”, o “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento” e a “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, sendo certo que, para a aplicação do delito de bagatela, o julgador deverá constatar a presença de todos de forma cumulativa, sob pena de se achar impedido de aplicar o princípio da insignificância.

Para ilustrar o acima exposto, vejamos a decisão do ministro STJ, Geraldo OgNicéas Marques Fernandes<sup>8</sup>:

HABEAS CORPUS. FURTO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância. 2. Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas" (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004). 3. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu, de uma farmácia, um gel para cabelo avaliado em R\$ 17,00 (dezesete reais). 4. Ordem concedida.

Em suma, ainda que existam divergências jurisprudenciais acerca da aplicação do Princípio da Insignificância, o critério de análise que vem sendo adotado pelos julgadores, em sua grande maioria, vem seguindo uma padronização, valendo-se da verificação dos já citados requisitos objetivos.

### 3. REFLEXÃO SOBRE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06

Não se tem dúvida que a Lei nº 11.343/06<sup>9</sup> trouxe para o cenário jurídico brasileiro uma grande novidade, haja vista a maior ênfase dada pelo legislador a política criminal em relação ao usuário de drogas, já que a nova norma prevê como sanção para essa conduta advertência, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 241121. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22584944/habeas-corporus-hc-241121-sp-2012-0089125-8-stj/inteiro-teor-22584945?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2019.

programa ou curso educativo, ao contrário da lei revogada, Lei nº 6.368/76<sup>10</sup>, no art. 16, que previa a pena de detenção de 06(seis) meses a dois anos, além de pagamento de 20(vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A partir desse cenário, doutrina e jurisprudência começaram a discutir sobre a aplicação do princípio da insignificância em relação a conduta criminosa de usuário de drogas, já que, ao se reconhecer o chamado “delito de bagatela”, resta caracterizada ausência de relevância da lesão ao bem jurídico tutelado, com a atipicidade material da conduta, não havendo em que se falar em crime.

Ora, apesar do novel legislativo não prever como sanção pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, não se autoriza, sequer por cogitação, eventual cenário de *abolitio criminis*, até porque a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ainda continua sendo considerado crime, classificado como sendo de perigo abstrato, vale dizer, presumido, já que não se exige a necessária comprovação concreta do risco ao bem jurídico tutelado.

Daí porque, constata-se que a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06<sup>11</sup> representa uma periculosidade social imensa, o que afasta a aplicação do princípio da insignificância, já que a consumação do delito não depende da ocorrência de lesão ao bem jurídico protegido, por se tratar de presunção de perigo ao tutelado.

Ademais, de simples leitura da norma em questão, constata-se que o legislador não deu importância para a quantidade de droga que o agente esteja portando, se ínfima ou expressiva para configuração do tipo incriminador, bastando apenas, que ele esteja portando substância entorpecente para consumo pessoal, fato este preponderante para afastar a aplicação do princípio da insignificância na hipótese do art. 28 da Lei nº 11.343/06<sup>12</sup>, já que a pequena quantidade de drogas é a própria essência do delito, não autorizando eventual afastamento da tipicidade da conduta.

Nesse sentido, vale a pena trazer o escólio do professor Guilherme de Souza Nucci<sup>13</sup>, quando explica que a aplicação do princípio da insignificância é inaceitável no contexto do crime de posse de entorpecente para consumo próprio:

---

<sup>10</sup> Idem. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2019.

<sup>11</sup> Idem. op cit. nota 8.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.305.

[...] crime de bagatela: em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena. Por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado [...]

Na mesma linha, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho<sup>14</sup>, posicionam-se no sentido de que se o princípio da insignificância for admitido para tornar a conduta em atípica haverá um “esvaziamento” do art. 28 da Lei de Drogas<sup>15</sup>. Em consequência, tendo em vista que a Lei tem o objetivo de “punir” o usuário, o postulado em questão, se aplicado, acarretaria em uma contradição com toda a sistemática que fora adotada pela legislação.

Acompanha esse raciocínio o professor Sérgio Ricardo de Souza<sup>16</sup> o qual afirma:

[...] a utilização genérica do princípio da insignificância na prática do crime em questão [...], praticamente teria efeito semelhante ao de um abolitio criminis judicial, visto que a grande maioria dos casos enquadrados nesse tipo penal envolve como autores, portadores de pequena quantidade da droga, quantidade esta que, dependendo do usuário, já pode trazer efeitos os quais a norma penal visa combater, atingindo, dentre outros bens jurídicos tutelados pela norma, a saúde pública e a paz social.

Vê-se, pois, que ao se cogitar a aplicação do princípio da insignificância no crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06<sup>17</sup>, se equivaleria a descriminalizar as condutas previstas no tipo penal incriminador, o que, convenhamos, não foi essa a real intenção do legislador quando da edição da citada norma.

Todavia, há que se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal - STF e o Superior Tribunal de Justiça - STJ divergem bastante em relação ao assunto, vale dizer, sobre à aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei nº 11.343/06<sup>18</sup>, existindo importantes julgados que o afasta, pelo reconhecimento de que se trata de crime de perigo presumido, e outros que o admite, sob o argumento de que o princípio da bagatela deve ser analisado em conexão com os postulados da intervenção mínima do Estado em matéria penal.

<sup>14</sup>MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

<sup>15</sup>BRASIL., op cit., nota 8.

<sup>16</sup>SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197.

<sup>17</sup>BRASIL. op cit. nota 8.

<sup>18</sup>Idem.

Nesse sentido, vale a pena destacar que o STJ vem reiteradamente decidindo que a pequena quantidade de drogas faz parte da própria essência do crime de usuário de drogas, sendo relevante destacar a decisão do Ministro Og Fernandes, relator do RHC n° 34.466/DF<sup>19</sup>, quando asseverou que a utilização de drogas constitui situação de perigo e dano à sociedade, seja pela propagação do vício, seja pela indução à prática de outros delitos, evidenciando-se a existência de lesividade da conduta.

Por outro lado, para os adeptos que defendem a aplicação do princípio em tela, defendem que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzem 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, seja à integridade da própria ordem social.

Ressoa-se, então, que da análise doutrinária e jurisprudencial até aqui realizada, conclui-se que a tendência é no sentido da impossibilidade da aplicação do princípio da bagatela ou insignificância ao crime de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei n° 11.343/06<sup>20</sup>, sob o argumento de que não é a quantidade de drogas que caracteriza o tipo penal incriminador antes mencionado, mas sim o uso da substância, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

## CONCLUSÃO

Com o presente artigo, buscou-se fazer uma investigação sobre a aplicação do princípio da insignificância no art. 28 da Lei n° 11.343/06, que tipifica o crime de usuário de drogas, sendo certo que o resultado do trabalho de pesquisa demonstrou que a doutrina diverge quanto à possibilidade de sua aplicação, já que parte dos autores apresentam posicionamento contrário, sob o argumento de que o postulado vai de encontro com a própria essência do tipo penal incriminador em questão. A razão dessa afirmação encontra supedâneo no fato de que haveria uma neutralização do art. 28 da referida lei, pois o porte de pequena quantidade de drogas constitui o próprio tipo penal.

Por outro lado, para os doutrinadores que defendem a aplicação da insignificância seria necessário observar a concreta capacidade da conduta ofender a saúde pública, pois se não tiver essa capacidade, a quantidade ínfima torna a ação em atípica. Ademais, apesar de haver decisões paradigmáticas, as quais seguem o entendimento de que o a quantidade ínfima

---

<sup>19</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC n°34466*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@doc='00483884'>> Acesso em: 14 mar. 2019.

<sup>20</sup>Idem. ,op cit., nota 8.

de substâncias ilícitas não é capaz de ofender o bem jurídico, a maioria das decisões do STJ segue o entendimento que a conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/06, é de perigo presumido, pois a pequena quantidade de drogas compõe o próprio tipo penal atingindo, principalmente, a saúde de toda a coletividade.

Contudo, este não demonstra ser o entendimento do STF, onde encontramos posições contrárias, sob o argumento de que, dependendo do caso concreto, deve-se observar princípios constitucionais fundamentais, tais como: proporcionalidade e razoabilidade, pois quando ignorados, ensejaria uma resposta exagerada do Direito Penal.

De qualquer modo, é explícito a relutância para a aplicação do princípio da insignificância pelos Egrégios Tribunais Superiores, onde a maioria dos precedentes fundamentam o perigo presumido ou abstrato, mesmo que mínima a quantidade apreendida, bastando apenas portar a substância ilícita para a caracterização do crime.

Notadamente, os Tribunais pátrios posicionam-se dessa forma em face da saúde pública e da potencialidade que a droga possui de levar o indivíduo a uma possível dependência química e /ou física. Dessa forma, para ressocialização do agente, as Cortes Superiores do Brasil, optam pela aplicação de medidas educativas, independentemente da quantidade apreendida da droga. Urge salientar que o bem jurídico tutelado é a segurança pública, sendo assim, não há que se falar em ferir o bem jurídico no caso concreto, conforme entendimento da doutrina e Tribunais.

Em suma, o princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível “a priori” com os tipos penais da Lei de Drogas, devendo, porém, cada situação concreta merecer a devida ponderação para uma aplicação ou afastamento justo de tal princípio.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.368*, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 110478/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. j 14.02.2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/habeas-corpus-hc-110475-sc-stf>> Acesso em 14 mar.2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº34466*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBR?bACOR&re=@'00483884'>> Acesso em: 14 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 241121*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22584944/habeas-corpus-hc-241121-sp-2012-0089125-8-stj/inteiro-teor-22584945?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LOPES, Maurício Antônio. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.