



## **A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

### **THE (IN)APPLICABILITY OF THE INSIGNIFICANCE PRINCIPLE IN THE CRIME OF CARRYING DRUGS FOR PERSONAL USE**

Lívia Maria Knaack Farah Ribeiro<sup>1</sup>  
Maristela Heinen Gehelen<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo a análise da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no delito de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, da lei 11.343/2006). Dessa forma, visa-se interligar os princípios da lesividade, da liberdade, da proporcionalidade em consonância com precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para elucidar os posicionamentos e fundamentos adotados frente à sua possível aplicação. Enquanto parte da doutrina/jurisprudência entende que o princípio da insignificância não se aplica ao uso e tráfico de drogas, por se tratarem de crimes cujo o sujeito passivo é a saúde pública, considerado crime de perigo abstrato, o que torna irrelevante a quantidade da substância apreendida, a outra parte defende que sua inaplicabilidade implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Neste artigo utiliza-se como método de abordagem, o dedutivo e como método de procedimento, o bibliográfico e o jurisprudencial.

**Palavras-Chave:** Princípio da Insignificância. Lei de Drogas. Posse de drogas para consumo pessoal.

#### **ABSTRACT**

The present work aims to analyze the possibility of applying the principle of insignificance in the crime of possession of drugs for personal consumption (art. 28, of law 11.343/2006). Thus, the aim is to interconnect the principles of harmfulness, freedom, and proportionality in line with precedents of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court to elucidate the positions and foundations adopted given its possible application. While part of the doctrine/jurisprudence understands that

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito. Universidade do Contestado (UNC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: livia.ribeiro@aluno.unc.br

<sup>2</sup> Pós-Graduação em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Graduação em Direito pela Universidade Paranaense (2001) e graduação em Ciências Contábeis pelo Centro de Ensino Superior da Fundação de Ensino do Desenvolvimento do Oeste (1985). Professora de Direito da Universidade do Contestado (UNC). Santa Catarina. Brasil. E-mail: maristelag@unc.br

the principle of insignificance does not apply to the use and trafficking of drugs, as they are crimes of abstract danger, and the quantity of the substance seized is irrelevant, the other part argues that its inapplicability implies a direct violation of the principle of offense, guaranteeing dogma provided for in item XXXV of article 5 from Federal Constitution.

**Keywords:** Insignificance principle. Drug law. Carrying drugs for personal use.

**Artigo recebido em:** 26/06/2022

**Artigo aceito em:** 19/10/2022

**Artigo publicado em:** 30/08/2023

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal com base na atual jurisprudência e entendimentos doutrinários.

Enquanto parte da doutrina e jurisprudência entendem que o princípio da insignificância é inaplicável ao uso e tráfico de drogas, por se tratarem de crimes de perigo abstrato, cujo o sujeito passivo é a saúde pública, a outra parte defende que sua inaplicabilidade implica frontal violação ao princípio da ofensividade, lesividade, proporcionalidade e intervenção mínima.

Assim, nos casos em que a conduta se basear em uma quantidade ínfima, irrelevante à tutela do Direito Penal, tem-se que, com base nos princípios da subsidiariedade e alteridade, bem como pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a aplicabilidade do princípio da Insignificância ao crime de porte de drogas para consumo pessoal merece ser reconhecida, pois sua inaplicabilidade implica frontal violação aos princípios garantidos pela Carta Magna.

Deste modo, por meio de uma pesquisa dogmática, qualitativa e teórica, baseada em material bibliográfico e jurisprudencial especializados, com utilização do método de investigação dedutivo, procura-se compreender a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao porte de drogas para consumo pessoal.

Para esse desiderato, dividiu-se a pesquisa em três tópicos. No primeiro, far-se-á uma análise quanto ao conceito e natureza jurídica do princípio da insignificância

e sua aplicabilidade ao Sistema Penal Brasileiro. No segundo tópico, far-se-á um apanhado de sua origem, observando as políticas de drogas criadas pela Lei 11.343/06 e suas inovações. Por fim, serão analisados os critérios e limites adotados pela jurisprudência para determinar a sua aplicação, sobretudo quanto ao crime de porte de drogas para consumo pessoal.

## **2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

O princípio da insignificância surgiu do desmembramento do princípio da fragmentariedade, conhecido como princípio da intervenção mínima, este princípio dispõe que o Direito Penal intervém apenas quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais áreas de controle do direito. É dizer: seu caráter é subsidiário, observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (CUNHA, 2015).

Assim, para Fernando Capez (2019, p. 846), o conceito do Princípio da Insignificância pode ser definido da seguinte forma:

O direito penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Somente a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta.

Esse instituto analisado, dentro da aplicação do princípio da insignificância, se baseia justamente na tipicidade do fato imputado — um dos três elementos do crime — que são a tipicidade, a culpabilidade e a ilicitude.

Para Rogério Sanches (2015) a doutrina entendia a tipicidade como sendo a subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Tal subsunção foi chamada de "tipicidade formal". Todavia, dentro da tendência atual, a tipicidade penal é conceituada pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante, por sua vez, é analisada sob dois aspectos, sendo o primeiro, a análise ante a relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico na

conduta, chamada de tipicidade material, e a segunda análise, se a conduta é determinada ou fomentada pelo direito penal, conhecida por antinormatividade.

Com efeito, não basta a existência de previsão abstrata a que a conduta empreendida se amolde perfeitamente, sendo necessário que essa conduta seja fomentada e que atenda de fato contra o bem jurídico tutelado. Sendo necessário um juízo entre as consequências do crime praticado e a reprimenda a ser imposta pelo Estado (CUNHA, 2015).

O princípio da insignificância, portanto, tem lugar justamente na tipicidade material, primeiro aspecto da tipicidade conglobante.

Segundo Carlos Vico Manás (1994) o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, principalmente, em seu conteúdo material, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o conhecido princípio da fragmentariedade no direito penal.

Para ele tal princípio funda-se na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

Quanto à sua origem, o Princípio da Insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*<sup>3</sup>.

Segundo esse adágio, Klaus Tiedemann chamou-o de princípio de bagatela, sendo mister a efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal (BITENCOURT, 2018).

Em sua crescente aplicação, o princípio da insignificância também encontra respaldo ao princípio da lesividade ou ofensividade, segundo o qual todo crime exige resultado jurídico, ou seja, lesão ou ameaça de lesão.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2018) a insignificância ou irrelevância não é sinônimo de pequenos crimes ou pequenas infrações, mas se refere à gravidade,

---

<sup>3</sup> “O juiz não cuida de coisas pequenas.

extensão ou intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância.

Desse modo, a insignificância se apresenta na desproporcional lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada.

Portanto, a insignificância situa-se neste abismo que separa o grau da ofensa produzida (ínfima) ao bem jurídico tutelado e a gravidade, muitas vezes excessiva, da sanção que lhe é cominada. É nesse paralelismo — mínima ofensa e desproporcional punição — que deve ser valorada a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato.

Condutas que se amoldam formalmente a determinado tipo penal não apresentam nenhuma relevância material. Nessas situações, pode não se configurar a tipicidade material porque o bem jurídico não chegou a ser lesado. O tipo penal deve ser valorado, afastando-se seu aspecto meramente formal, de cunho puramente taxativo. Por isso se deve considerar materialmente atípicas as condutas de inegável irrelevância (insignificância) para a sociedade como um todo (BITENCOURT, 2018).

Nesse sentido é o magistério de Carlos Vico Manás (1994, p. 56):

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.

Assim, pressupõe-se concluir que o mosaico principiológico que dá sustentação ao princípio da insignificância se completa com o princípio constitucional da razoabilidade ou proporcionalidade, noção extraída do devido processo legal em sua vertente substancial (BITENCOURT, 2018).

Ou seja, o Direito Penal só deverá ser aplicado quando estritamente necessário, mantendo-se sempre subsidiário às outras áreas do direito. Em outras palavras, só há de criminalizar uma conduta quando ineficazes os outros ramos do Direito e nos casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

### **3 O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 E SEU CRITÉRIO DE ENQUADRAMENTO, UMA ANÁLISE À POLÍTICA CRIMINAL**

O crime de posse de drogas para consumo pessoal está previsto na Lei 11.343/06, com a seguinte disposição:

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.  
(BRASIL, 2006)

Tendo em vista que a objetividade jurídica é a saúde pública, a lei não reprime penalmente o vício ou o viciado, pois não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a conseqüente disseminação (CAPEZ, 2019).

O sujeito passivo do crime é a coletividade, uma vez que a lei pune o perigo de exposição da substância tóxica, mesmo que a finalidade da conduta seja apenas o consumo pessoal.

Nesse aspecto, considerando que o consumo pessoal tem por sujeito passivo, também, o usuário – que é a coletividade e a vítima – Fernando Capez (2019) dispõe sobre a possível aplicação do princípio da alteridade, vez que o usuário ao utilizar da substância, tem por sujeito direto passivo apenas sua própria saúde e interesse.

Todavia, majoritariamente tal argumento não prevalece, visto que a Lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, na intenção de prevenir o perigo social representado pela detenção, evitando a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja de consumo pessoal.

Quanto ao critério para aferição da finalidade de uso próprio, a quantidade da droga é um fator importante, mas não único para a comprovação da finalidade de uso, devendo ser levadas em consideração todas as circunstâncias previstas no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006:

[...]

§ 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 (BRASIL, 2006).

Houve, portanto, no Sistema Penal Brasileiro, a adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Caberá ao juiz, dentro dessas limitações, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade da droga, mas inúmeros outros fatores (CAPEZ, 2019).

Todavia, diante da ausência de um critério matemático, a análise do delito praticado fica às margens da arbitrariedade do Magistrado, que, em muitas oportunidades, pode resultar em um leque de inseguranças jurídicas, ante a existência de condenações estigmatizantes e desproporcionais, notadamente em violação às garantias constitucionais.

Sabe-se que a política criminal de drogas no Brasil, em sua expressão ideológica, legal e dogmática, demonstra a grande distância entre as funções declaradas e as funções realmente exercidas pelas agências de punitividade.

Neste aspecto, Salo de Carvalho (2016, p. 349) aborda com excelência o tema:

A nova Lei de Entorpecentes reforça o processo de globalização do controle social e reproduz em sua estrutura o rompimento gradual que as leis de emergência operam na principiologia constitucional do direito penal e do direito processual penal – na esfera da lei penal (utilização de normas penais em branco, termos imprecisos e genéricos, proliferação de verbos nucleares do tipo e incriminação de condutas autolesivas e meramente preparatórias); na teoria do delito (indefinição do dolo do tráfico e a objetificação dos elementos subjetivos do tipo); na teoria da pena (desproporcionalidade da sanção); e na esfera processual (ruptura do devido processo legal decorrente da aceleração dos procedimentos e minimização da ampla defesa e do contraditório).

Com o advento da Lei 11.343/06, portanto, são reforçados no cotidiano repressivo os discursos forjados na Lei 6.368/76 e que conduziram, na segunda metade do século passado, a política de repressão às drogas: o discurso médico, sanitário, com aspecto na dependência do usuário e o discurso político-jurídico, voltado à criminalidade do agente. Ambos proliferam a ideologia de diferenciação entre o consumidor-doente e traficante-delinquente, mantendo na contemporaneidade

o padrão e a dinâmica das reformas das leis penais, processuais penais e executivas no campo dos entorpecentes. Que, para além da implementação de estereótipos, os discursos presentes na Lei de Drogas fomentam a construção político-criminal da categoria inimigo – não sujeito (de direitos) identificado com as pessoas envolvidas com o tráfico (CARVALHO, 2016).

A seletividade é estrutural e, portanto, presente em qualquer âmbito de atuação do poder punitivo. O delito de porte de drogas para consumo provavelmente é um dos que apresentam as maiores cifras ocultas e a sua repressão só ocorre de maneira seletiva, pois, do contrário, a sociedade e, sobretudo, aqueles que têm o controle sobre as definições, não concordariam com a manutenção de tal prática como delito. Em outras palavras, caso houvesse repressão constante às festas dos filhos e dos pais da classe média, talvez o objetivo antiproibicionista já tivesse sido alcançado (CARVALHO, 2016).

Malaguti Batista (2003) ao refletir sobre as drogas e a juventude pobre no Rio de Janeiro, percebe o vocábulo “atitude suspeita” como uma expressão-standard, utilizada pelos policiais para enquadrar os casos nos quais um *second code criminalizador* é aplicado.

Os processos analisados pela pesquisadora eram os dos anos de 1968 a 1988. Passados muitos anos, foi percebido que a “atitude suspeita” ainda serve de álibi à atuação preconceituosa da atividade policial.

Além disso, em muitos casos utilizou-se também a expressão “abordagem de rotina”, que de algum modo suaviza a ideia de “atitude suspeita”, mas difere pouco no que toca à forma pela qual a expressão aberta é preenchida pelo intérprete. Em inúmeros flagrantes, a expressão “atitude suspeita” foi utilizada diretamente pelos policiais que efetuaram o termo circunstanciado (CARVALHO, 2016).

Noutro aspecto, quanto à criminalização da conduta inserida no tipo previsto do art. 28 da Lei de Drogas, merece destaque a discussão jurisprudencial sobre a possibilidade da descriminalização da conduta em comento, na atual repercussão geral reconhecida (RE 635659), atualmente suspensa, onde o Ministro Gilmar Ferreira Mendes já se pronunciou pela descriminalização da conduta prevista no art. 28 da lei de drogas (BRASIL, 2009).

Por ocasião de seu voto, o Ministro entendeu que o tratamento penal dado pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/06 à conduta de possuir, para consumo próprio, substância



entorpecente, viola, dentre outros, o princípio da proporcionalidade e o direito de autodeterminação do indivíduo.

Também Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso se manifestaram pela descriminalização (BRASIL, 2009).

O que apenas corrobora que a insignificância – ainda como vetor que procura apenas tornar atípica condutas de porte de quantidades irrisórias de drogas, irrelevantes à tutela jurisdicional do Estado –, encontra respaldo nos princípios da ofensividade, proporcionalidade e alteridade.

No que toca ao princípio da lesividade, importante destacar que na conduta do agente que porta a droga destinando-a a seu próprio uso, este a adquire ou tem a posse de uma substância – que causa ou supostamente pode causar mal à saúde, todavia, não se pode presumir, ou identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência da expansibilidade do perigo, principalmente nos casos onde a quantidade se demonstra irrisória (CARVALHO, 2016).

Ora, a inversão ideológica do discurso de tutela, com a sobreposição do bem jurídico saúde pública à saúde individual dos consumidores, pressupõe modelo de direito penal de autor no qual todo usuário transforma-se em potencial traficante.

Para explanar com maior precisão o seu pensamento, o autor Salo de Carvalho (2016) recorre aos ensinamentos de Zaffaroni de que a definição que qualquer usuário é um “traficante em potencial”, é imprecisa, principalmente nos casos de drogas que não geram dependência rígida e, em geral, geram uma presunção *juris et de jure* de “tipo de autor”, o que viola a legalidade e a igualdade perante a lei, entre outros direitos. Sem contar que nem todo detentor é consumidor e que o consumo faz parte do direito de disposição sobre a própria pessoa, que não pode ser afetado, pois é um direito do próprio usuário (CARVALHO, 2006 apud ZAFFARONI, 1986).

Assim, a identificação de bens jurídicos sob a marca do interesse público (no caso em tela, a saúde pública), faz com que seja esquecido o sujeito concreto para criarem-se mecanismos retóricos e abstratos de legitimação da punição aos usuários.

Neste sentido, para Salo de Carvalho (2016) a criminalização de opções pessoais revela tendência marcadamente moralizadora no direito penal, cujos fundamentos não guardam harmonia com os preceitos constitucionais, sendo amplamente desqualificados pela cadeia principiológica que sustenta os direitos e as garantias individuais.

## 4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ART. 28 DA LEI

### 11.343/06

Leciona Cleber Masson (2019) que a reduzida quantidade da droga é inerente aos crimes tipificados no art. 28 da Lei 11.343/2006. Sendo que, situação contrária abre espaço para a configuração do tráfico de drogas. A propósito, a “pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica” foi expressamente prevista no § 1º do art. 28 como elemento normativo do tipo. Em razão disso, há forte controvérsia na jurisprudência sobre a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância – excludente da tipicidade material – aos crimes de posse de droga para consumo pessoal. Destacando-se nos Tribunais Superiores duas posições.

Na primeira posição entende-se inaplicável o princípio da insignificância ao crime elencado no art. 28 da Lei 11.343/2006, sob pena de tornar inócua a norma penal incriminadora. Sob o fundamento de que a pequena quantidade da droga é inerente ao próprio tipo penal. Na visão do Superior Tribunal de Justiça:

Não é possível afastar a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio com base no princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida. [...] A par disso, frise-se que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 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 ilícito, contribuindo para a difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde 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. Além disso, 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 art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do delito. Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida (BRASIL, 2014).

Já a segunda posição torna aplicável o princípio da insignificância aos crimes de porte de droga para consumo pessoal, desde que presentes seus requisitos (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica). Esse entendimento já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

Ao aplicar o princípio da insignificância, a 1ª Turma concedeu habeas corpus para trancar procedimento penal instaurado contra o réu e invalidar todos os atos processuais, desde a denúncia até a condenação, por ausência de tipicidade material da conduta imputada. No caso, o paciente fora condenado, com fulcro no art. 28, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 3 meses e 15 dias de prestação de serviços à comunidade por portar 0,6 g de maconha. Destacou-se que a incidência do postulado da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exigiria o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Consignou-se que o sistema jurídico exigiria considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificariam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes fossem essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expusessem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. Deste modo, o direito penal não deveria se ocupar de condutas que produzissem resultados cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não representaria, por isso mesmo, expressivo prejuízo, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (BRASIL, 2012)

Nesse ponto, interessante a conclusão proferida pelo relator Min. Dias Toffoli em seu voto:

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 fossem essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados são expostos a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade (BRASIL, 2012).

Ainda, em recente julgado, vê-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de que é aplicável tal princípio, quando presente a inexpressividade da quantidade da droga e ausência de lesão à saúde pública:

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 (BRASIL, 2019).

Em seu ilustre voto, o Relator Ministro Gilmar Mendes destaca:

O presente caso é um exemplo emblemático da flagrante desproporcionalidade da própria pena em abstrato prevista para o tipo penal do tráfico de drogas diante de casos em que a quantidade de entorpecentes é irrisória. A solução aqui proposta, para tais casos de flagrante desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal oferecida, é a adoção do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico de drogas. Fato é que a jurisprudência deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para retroalimentar o seu vício. Nos parece que a adoção do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas se revela um passo importante nessa direção (BRASIL, 2019).

Assim, o principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. No entanto, tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência.

Se os crimes de perigo concreto exigem uma demonstração concreta do perigo, em uma certeza de risco de dano, os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta. Nesse sentido, a doutrina aponta acertadamente (BOTTINI, 2007, p. 6):

Em síntese, o crime de perigo abstrato não é de mera conduta, mas exige uma materialidade, um desvalor de resultado, consubstanciada na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal.

Não obstante, esse é o entendimento aplicado pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, qual colhe-se alguns julgados cuja insignificância fora reconhecida:

Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina Apelado: Jhony Augusto Marcheti de Lima APELAÇÃO CRIMINAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. MANUTENÇÃO DO CARÁTER CRIMINOSO DA CONDUTA. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA E CONSEQUENTE PROCESSAMENTO DA DENÚNCIA OFERECIDA. ALEGAÇÕES PARCIALMENTE ACOLHIDAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM QUE SE DISCUTE A CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. JULGAMENTO NÃO CONCLUÍDO. CONSTITUCIONALIDADE MANTIDA. TODAVIA, EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, AUSENTE A TIPICIDADE MATERIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2020).

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE DROGA. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. APREENSÃO DE 4,8 GRAMAS DE MACONHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA (PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE FATO TÍPICO. NÃO ACOLHIMENTO. CASO CONCRETO QUE REVELA ÍNFIMA LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. OFENSIVIDADE MÍNIMA. RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DAS TURMAS DE RECURSO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2020).

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO (ART. 28 DA LEI 11.343/06)- SENTENÇA CONDENATÓRIA - APREENSÃO DO APELADO NA POSSE DE 1 (UMA) ÚNICA PORÇÃO CONTENDO 43,2G (QUARENTA E TRÊS GRAMAS E DUAS DECIGRAMAS) DE SUBSTÂNCIA VULGARMENTE CONHECIDA COMO MACONHA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - APLICABILIDADE - RECURSO PROVIDO (SANTA CATARINA, 2020).

Deste modo, o direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultados cujo desvalor — por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes — não representam, por isso mesmo, expressivo prejuízo, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Uma vez preenchidos os requisitos de aplicação do princípio da insignificância (mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada) a atipicidade da conduta merece ser reconhecida.

Assim, se a função do direito penal passa a ser a estrita e necessária proteção do bem jurídico, estariam excluídas por atipicidade material todas as condutas que geram dano insignificante aos valores (bens) tutelados pelos tipos penais. A tipicidade, nesse sentido, não se esgotaria no juízo lógico, formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime, mas, para além desta adequação necessária (requisito formal da tipicidade), a conduta concreta em análise deve produzir efetiva ofensa (ou perigo concreto) ao bem jurídico (requisito material da tipicidade) (CARVALHO, 2016).

Fundada nesta substancial alteração provocada pela incorporação da racionalidade material na teoria do delito, tendência doutrinária e jurisprudencial passou a considerar o porte (trazer consigo) de pequena quantidade de entorpecente como conduta atípica. A quantidade inexpressiva de substância entorpecente não teria a potencialidade de produzir dependência física e/ou psíquica (elementar formal) ou de ofender o bem jurídico saúde pública tutelado na Lei de Drogas (elementar material) (BRASIL, 2019).

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 (BRASIL, 2019).

Desse modo, a análise material da estrutura típica do delito, dentro de cada caso concreto, 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 deveria tornar atípica a conduta do agente.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À luz do exposto, percebe-se que há duas correntes que constantemente se contradizem sobre a aplicabilidade, ou não, do princípio da insignificância no delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, sendo que a primeira, e, por ora, a majoritária, reconhece sua inaplicabilidade, sob o fundamento de que os crimes trazidos pela Lei de Drogas são de perigo abstrato, cujo sujeito passivo é a coletividade – a saúde pública.

Já a segunda corrente defendida ao longo deste artigo, com fundamento na atual jurisprudência e argumento doutrinário expostos alhures, reconhece a plena aplicabilidade do princípio da insignificância quando presentes concomitantemente os requisitos de mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Percebe-se, portanto, que a não aplicação do princípio da insignificância ao porte de entorpecentes, trazida pelo artigo 28 da Lei de Drogas, quando ínfima a quantidade, é flagrantemente inconstitucional por violar frontalmente o princípio da lesividade, segundo o qual o Direito Penal tutela somente bens jurídicos socialmente relevantes, sendo que tais bens são alheios ao indivíduo tido como delinquente.

Com efeito, transformar aquele que tem a droga apenas e tão somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Destaca-se que o princípio da alteridade ou transcendentalidade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse, não havendo justificativa para a interferência repressiva do Estado.

Ademais, o fato de o tipo configurar um delito de perigo abstrato não pode, *de per se*, impedir a aplicação do princípio da insignificância. Isso porque, mesmo nesses casos, não se afasta a necessidade de aferição da lesividade da conduta, ou seja, se capaz ou não de atingir, concretamente, o bem jurídico resguardado pela norma.

Assim, torna-se indispensável que se demonstre a aptidão da conduta em lesar o bem jurídico, não bastando que, pelo simples fato de figurar no rol de substâncias proibidas pela lei, se pressuponha, de forma absoluta, que qualquer quantidade de droga seja capaz de produzir danos à saúde pública.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de set, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL, **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 35.920/DF**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma. Brasília, DF. Data do julgamento: 20 maio 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 11.0475 SC**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: 1ª Turma. Brasília, DF. Data do julgamento em: 14 fev. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur205949/false>. Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 12.7573 SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: 2ª Turma. Brasília, DF. Data do julgamento em: 11 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415411/false>. Acesso em: 1 maio 2022.



BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 635.659 SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, SP. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3421/false>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/MJ. jun. 2015. Disponível em: [justica.gov.br](http://justica.gov.br). Acesso em: 1 maio 2022

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 24.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOITEUX, Luciana. Tratamento ou violação de Direitos? O caminho adotado pela Nova Lei de Drogas Brasileira. **Revista Diálogos**, a. 6, n. 6, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 3.ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8450>. Acesso em: 1 maio 2022.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MANAS, Vico Carlos. **O Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas: aspectos penais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APL: 00031220820188240079**. Relator: Davidson Jahn Mello. Primeira Turma Recursal. Videira, SC. Data de Julgamento: 21 maio 2020. Disponível: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 6 maio 2022

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APL: 00010483920198240016**. Relatora: Ana Karina Arruda Anzanello. Segunda Turma Recursal. Capinzal. Data de Julgamento: 21 jul. 2020. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 6 maio 2022

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APL: 00116911720188240008** Relator: Antonio Augusto Baggio e Ubaldo. Terceira Turma Recursal. Blumenau. Data de Julgamento: 01 Jul 2020. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 6 maio 2022

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1986.