



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA LEI DE DROGAS FRENTE
A DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A LESIVIDADE DA CONDUTA E O *JUS*
PUNIENDI ESTATAL

Flávia Franco Gomes

Rio de Janeiro
2023

FLÁVIA FRANCO GOMES

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA LEI DE DROGAS FRENTE
A DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A LESIVIDADE DA CONDUTA E O *JUS*
PUNIENDI ESTATAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA LEI DE DROGAS FRENTE A DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A LESIVIDADE DA CONDUTA E O *JUS PUNIENDI* ESTATAL

Flávia Franco Gomes

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Advogada.

Resumo – o presente trabalho tem como objetivo promover uma análise quanto a viabilidade da aplicação do Princípio da Insignificância na Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), especificamente, em relação aos artigos 28 e 33, que preveem, respectivamente, o porte de drogas para consumo pessoal e o tráfico de drogas, quando esta conduta envolver quantidade ínfima incapaz de gerar lesividade material, apesar da subsunção desta ao tipo formal, a se justificar a repressão estatal. Assim, o trabalho opta pela adoção do método de pesquisa bibliográfica visando apresentar a divergência existente sobre o tema sob a perspectiva de diferentes autores. Ademais, foi feita uma pesquisa jurisprudencial a fim de analisar precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para elucidar os posicionamentos e fundamentos adotados frente a aplicação do princípio da insignificância.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei de drogas. Lei n. 11.343/06. Princípio da insignificância. Ponderação entre a lesividade da conduta e o jus puniendi estatal. Quantidade ínfima de droga apreendida.

Sumário – Introdução. 1. Lei n. 11.343/06: análise sobre a implementação de critério objetivo como parâmetro para aferir a real lesividade da conduta. 2. Princípio da insignificância no direito penal: uma análise da viabilidade de aplicação deste princípio à Lei n. 11.343/06. 3. Princípio da insignificância no direito penal: uma reflexão sobre a efetividade do princípio da intervenção mínima. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa, de forma clara e sucinta, sem a pretensão de esgotar o assunto, entender os conceitos e requisitos do princípio da insignificância, bem como compreender sua aplicação no âmbito dos crimes da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e analisar, através da jurisprudência dos tribunais superiores, bem como da doutrina, a possibilidade da sua adoção em um contexto que envolva o uso e a comercialização de quantidade ínfima de drogas.

Para enfrentar a questão, o trabalho será dividido em três capítulos, onde, inicialmente, no capítulo 1, será feita uma análise quanto a implementação de critério objetivo, no que tange a quantidade de droga, como uma alternativa para afastar a caracterização do crime, pela atipicidade da conduta, pois, uma vez presente, autorizaria a incidência do princípio da insignificância, desde que observados os demais requisitos deste.

No capítulo 2, se abordará sobre a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, apresentando um estudo baseado na doutrina, para dar fundamento teórico e aprofundar a essência da questão, bem como jurisprudência que aborda a problematização diante de casos concretos.

Assim, é apresentado o entendimento majoritário, que se mostra contrário à aplicação do princípio da insignificância nos crimes previstos nos artigos 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, bem como expõe argumentos favoráveis para que sua incidência seja ponderada em razão dos princípios da proporcionalidade, da ofensividade, entre outros, quando a quantidade de drogas for ínfima e as circunstâncias se mostrarem favoráveis.

Por fim, no capítulo 3, será realizada uma reflexão acerca da efetividade do princípio da intervenção mínima com a adoção do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal, abordando as correntes doutrinárias existentes sobre o tema, apontando a linha doutrinária que se coaduna com o princípio ora analisado.

No desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método teórico de pesquisa, através do qual buscou-se elucidar a matéria por meio de conceitos doutrinários. Além disso, foi feita uma pesquisa jurisprudencial, a fim de demonstrar a grande divergência existente nos Tribunais Superiores relativos ao tema.

Além disso, foi utilizado o método comparativo de pesquisa, na qual foi feita uma análise em relação ao ordenamento jurídico pátrio e a legislação internacional, com o objetivo de demonstrar a necessidade de se adotar novas medidas, eficientes, ao tratamento dos crimes previstos nos artigos. 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

1. LEI N. 11.343/06: ANÁLISE SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO COMO PARÂMETRO PARA AFERIR A REAL LESIVIDADE DA CONDUTA

É de conhecimento geral que ao editar a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006¹, o legislador buscou diferenciar as diversas condutas que envolvam os entorpecentes, mas não definiu qual a quantidade de droga é considerada relevante para o processo penal, ficando a cargo do poder

¹ BRASIL. *Lei n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 15 fev. 2023.

Judiciário essa avaliação.

A atual lei de drogas atribui os mesmos verbos nucleares para os tipos penais de tráfico de drogas e porte para consumo pessoal, de modo que a caracterização de um ou outro crime fica condicionada à aferição de critérios objetivos e subjetivos em cada caso concreto.

Diferentemente da legislação brasileira, é possível observar que leis de diversos países estabelecem critérios objetivos, como, por exemplo, a quantidade e a natureza da droga, para definir o que é compreendido como porte ou tráfico.

Na Colômbia, por exemplo, a Lei 30 de 1986², modificada em 1997, passou a estabelecer uma quantidade máxima que o sujeito poderia portar, a fim de delimitar o que seria considerado como pequena quantidade para consumo pessoal, fixando, no caso da maconha, até 20 gramas.

Nesse sentido, a Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná instaurou o procedimento 25131/2014³ apresentando um estudo sobre a possibilidade de criação de critério objetivo relativo à quantidade de droga apreendida, visando a padronização da tipificação, de modo que, a depender do volume encontrado, os atos praticados fossem amoldados ao crime de tráfico ou porte de drogas para consumo pessoal.

Tal procedimento tinha como objetivo evitar que fosse dado tratamento diverso a situações semelhantes, garantindo segurança jurídica, na medida em que passaria a existir um cenário mais previsível.

Ocorre que, à primeira vista, estabelecer um critério objetivo para tipificar os crimes em comento parece não ser medida suficiente, posto que tornaria a análise do caso concreto mais rígida e objetiva, na medida em que afastaria a discricionariedade do aplicador do Direito, já que ficaria vinculado a avaliar a conduta como porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas a depender, exclusivamente, da quantidade de drogas trazida pelo sujeito.

À vista disso, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e do Júri, assim como o Grupo de Discussão e Trabalho – GDT, do Projeto SEMEAR⁴ enfrentaram o tema e concluíram que restringir os elementos formadores de convicção à mera quantidade de droga

² COLÔMBIA. *Lei n. 30/86*, modificada em 1997. Pelo qual se adota o Estatuto Nacional de Estupefacientes e se ditam outras disposições. Diário Oficial.44169. Bogotá, C.E., ano 1986, 21 set. de 1986. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2774>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³ BRASIL. Ministério Público do Paraná. *Informativo 328*. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/pagina-1486.html>. Acesso em: 15 fev. 2023.

⁴ *Ibid.*

apreendida possibilitaria que o traficante contumaz se esquivasse da aplicação da sanção penal referente ao crime mais grave. Isso porque, o agente poderia ajustar seu *modus operandi* para que sua conduta se amoldasse sempre ao crime mais brando e nunca ao de tráfico ilícito de drogas.

Outrossim, não há como analisar as referidas condutas dissociadas dos aspectos sociais do agente, sobretudo porque, a depender do grau de dependência, é possível que a quantidade de consumo diário varie para cada indivíduo, podendo em alguns casos, inclusive, ultrapassar o parâmetro que viesse a ser definido como critério quantitativo.

Percebe-se, dessa forma, que muitos são os desafios que o legislador e os aplicadores do direito precisam enfrentar para elaboração e implementação de uma lei que efetivamente proteja a todos, afinal, na prática, os fatores políticos, culturais e socioeconômicos influenciam a forma como a lei será executada.

A verdade é que o consumo e comércio de drogas sempre foi uma realidade na sociedade, o que acarretou uma política proibicionista, que segue o ideal conservador de “guerra contra as drogas” e se caracteriza, em termos gerais, por um viés extremamente repressivo, que considera o traficante e o usuário de drogas como inimigos de uma sociedade organizada, e sustenta uma ideia moralista e utópica em prol da erradicação do uso e do comércio de substâncias ilícitas.

Dessa forma, diante do cenário que se perpetua por longos anos, sem qualquer expectativa de redução nos índices de presos por tráfico de drogas, visto que se trata de crime que mais encarcera no Brasil, se faz necessário alterar o tratamento dado, a fim de que sejam alcançados resultados positivos.

Diante disso, indaga-se: até que ponto se pode dizer que as condutas de portar ou comercializar quantidade ínfima de drogas são capazes de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal?

Nesse sentido, se faz necessária uma análise sob a ótica do princípio da lesividade, que parte da premissa que não haverá crime se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio.

A esse respeito Paulo de Souza Queiroz leciona que:

[...] a intervenção penal, por conseguinte, somente deve ter lugar quando uma dada conduta represente uma invasão na liberdade ou direito ou interesse doutrem, é dizer, a incriminação somente se justifica, quer jurídica, quer politicamente, quando o indivíduo transcendendo a sua esfera de livre atuação, os lindes de sua própria liberdade, vem de

encontro à liberdade de seu coassociado, ferindo-lhe, com certa intensidade, um interesse particularmente relevante e merecedor de proteção penal.⁵

Assim, de acordo com o princípio da lesividade, não haverá sanção quando os atos praticados e seus efeitos permanecerem na esfera de interesse do próprio agente, como ocorre no caso da autolesão, que não é punível, embora a conduta de lesão corporal constitua fato típico.

Em vista disso, a mesma lógica deve ser aplicada em relação a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal, posto que tal conduta não tem o condão de lesionar bens jurídicos de terceiros.

Nesse sentido, o ministro relator Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 635.659/SP⁶, sob o reconhecimento da repercussão geral, que discutia a constitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, deu provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, afirmando que:

[...] o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/06 viola o direito à privacidade e à intimidade, bem como os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da lesividade, haja vista que não ostenta aptidão para proteger os bens jurídicos declarados como tutelados, quais sejam, a saúde e a segurança públicas.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o tratamento dado ao crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, representa flagrante violação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, quando a conduta envolve a comercialização de ínfima quantidade de drogas, uma vez que tal conduta é incapaz de lesionar ou colocar em perigo a paz social, a segurança e/ou a saúde pública.

O que se pretende com o presente estudo não é apresentar proposta para descriminalizar toda e qualquer conduta que envolva pequenas quantidades de drogas. De fato, não se pode admitir que seja reconhecida a atipicidade da conduta de um indivíduo encontrado comercializando pequena quantidade de droga, que seja reincidente específico e que tenha personalidade voltada para o crime.

Nesse sentido, a ministra relatora Cármen Lúcia, no julgamento do Habeas Corpus n. 102.088/RS⁷, com sábias palavras esclarece que:

⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário o direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 110.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. n. 635.659/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 15 fev. 2023.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC. n. 102.088/RS*. Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Disponível

[...] o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal. (...) Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.”

Assim, deve-se avaliar em cada caso concreto o grau de relevância que a conduta de portar ou comercializar quantidade ínfima de drogas representa para o ordenamento jurídico, de modo que seja possível reconhecer a incidência do princípio da insignificância para afastar a tutela do direito penal e, assim, desafogar não só o Judiciário, mas também os presídios superlotados.

Isso posto, a previsão do critério quantitativo, conforme se defende no presente trabalho, não teria propriamente a finalidade de definir a capitulação do crime, se de porte ou de tráfico, mas sim de estabelecer que diante de condutas que envolvam quantidade inexpressiva de drogas, sejam elas com o fim de consumo, seja com fim de comercialização, o princípio da insignificância seja aplicado para afastar a tipicidade material, se presentes os demais requisitos necessários para sua admissibilidade.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DA VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DESTE PRINCÍPIO À LEI N. 11.343/06

Há no Direito brasileiro diferentes maneiras de punir aquele que transgide a norma. No Direito Civil, por exemplo, é possível que os bens do sujeito sejam restritos a fim garantir o cumprimento das obrigações pactuadas. Já no Direito Penal encontramos punições mais rígidas, como as penas restritivas de direito e as penas privativas de liberdade, razão pela qual, nem todas as condutas antijurídicas vão atrair sua aplicação.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio consagra o princípio da intervenção mínima, que será abordado no Capítulo 3, tratando-se de um princípio limitador do poder punitivo do Estado em matéria penal, de modo que o Direito Penal deve ser empregado para punir apenas as condutas que reflitam graves danos à sociedade.

O princípio da insignificância é oriundo da jurisprudência e da doutrina brasileira e, embora não tenha previsão legal, decorre da interpretação lógica de outros princípios essenciais que orientam o Direito Penal e possui grande relevância, sobretudo porque ajuda a desafogar o

judiciário e, por via de consequência, apresenta uma melhora na situação de superlotação dos cárceres.

Não obstante, a aplicação do referido princípio aos crimes de porte e tráfico de drogas é tema que não possui entendimento pacificado nem na doutrina e nem na jurisprudência contemporânea, muito embora as decisões afastando sua aplicabilidade sejam proferidas em maior escala.

Quanto a aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, doutrinadores como Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho⁸ defendem que ao admitir a aplicação do princípio para reconhecer a atipicidade da conduta, tornaria letra morta o disposto no referido artigo, visto que a lei tem a finalidade de punir a conduta do usuário com medidas distintas da prisão.

Acrescentam, ainda, que a quantidade ínfima da droga portada constitui a essência do tipo penal, sendo suficiente para configurar o crime do art. 28 da Lei de Drogas que o usuário seja encontrado portando pequena quantidade de droga.

Na mesma linha de raciocínio, o professor Sérgio Ricardo de Souza 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 pela norma, a saúde pública e a paz social.⁹

No mesmo sentido, a jurisprudência predominante tem afastado a aplicação no princípio, sob o fundamento de que os tipos penais presentes na Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, se classificam como crimes de perigo abstrato, ou seja, crimes que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente.

Assim, é o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena

⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

⁹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários a Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reformas do CPP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56.

quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.¹⁰

O tema é tão controvertido, que é possível encontrar decisões diametralmente opostas no mesmo tribunal, conforme se verifica no julgamento do Recurso Especial n. 1.675.709/SP¹¹, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que deixou de condenar um agente em decorrência de ínfima quantidade de sementes de maconha apreendida (16 unidades), aplicando o princípio da insignificância e afastando a tipicidade da conduta.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a aplicação tanto para o crime de porte para consumo, como para o tráfico de drogas, a depender do caso concreto, sendo necessário avaliar a presença dos seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal¹², ao julgar um caso em que a autora foi presa em flagrante por vender 1g (um grama) de maconha, decidiu que é possível a aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade penal. Na oportunidade, a ré havia sido condenada a uma pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, com a fixação do regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 680 dias-multa, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, na forma do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Cumprе ressaltar parte relevante do voto do ministro relator Gilmar Mendes:

[...] no caso em comento, não existem óbices para que se aplique o princípio da insignificância, já que a ofensividade da conduta da paciente é tão irrisória, que fica

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp. n. 1.093.488/RS*. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701063090&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 fev. 2023.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n. 1.675.709/SP*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700482226&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 fev. 2023.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 127.573/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>. Acesso em: 15 fev. 2023.

descartada a possibilidade de um risco de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento da paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, apesar da subsunção desta ao tipo formal. Ante o exposto, nos termos do art. 192 do RISTF, concedo a ordem para considerar a atipicidade material da conduta.

Sustenta, ainda, que a recusa da aplicação do princípio da insignificância em crimes de tráfico de drogas está muito mais ligada a uma decisão político-criminal arbitrária do que propriamente a uma impossibilidade dogmática.

Do mesmo modo, em relação ao crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 202.883/SP¹³, em que o paciente foi acusado pelo crime de posse de drogas para consumo pessoal por portar um cigarro de maconha de 1,8 grama, decidiu pela aplicação do princípio para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada.

Esse tema já vem sendo enfrentado há muitos anos pelos tribunais superiores. Em 1997, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, proferiu decisão no Recurso Especial n. 154.840/PR afirmando que para configurar o ilícito penal, era necessário que a quantidade da droga pudesse representar ofensa real ao bem jurídico, entendimento esse que se contrapõe ao que hoje é seguido pela mesma corte. Confira-se:

RESP – PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE ÍNFIMA – ATIPICIDADE – O crime, além da conduta, reclama – resultado – no sentido de provocar dano, ou perigo ao bem jurídico. O tráfico e o uso de entorpecentes são definidos como delito porque acarretam, pelo menos – perigo, para a sociedade, ou ao usuário. A quantidade ínfima, descrita na denúncia, não projeta o perigo reclamado.¹⁴

Acrescentou, ainda: “a minha colocação é de que a quantidade ser relevante para configurar o ilícito. Se ínfima, não puder ofender o bem jurídico, isto é, impedir o tráfico ou ser ineficaz para gerar dano à saúde do usuário, parece-me não ser relevante para a caracterização

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag Rg no HC n. 202.883/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193215>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. n. 154.840/PR*. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/515975>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

do crime”¹⁵

Ademais, há doutrinadores, como Cezar Roberto Bitencourt¹⁶, que sustentam a aplicação da insignificância e a relacionam com o grau de lesividade da conduta, considerando a quantidade de droga apreendida, com o objetivo de evitar uma desproporção entre a lesão sofrida e a sanção a ser executada.

Assim, Cezar Roberto Bitencourt¹⁷ esclarece que “o tipo penal deve ser valorado, no seu aspecto material, como instituto concebido com conteúdo valorativo, distinto de seu aspecto puramente formal, de cunho puramente diretivo. Por isso se deve considerar materialmente atípicas as condutas de inegável irrelevância (insignificância) para a sociedade como um todo.”

Em suma, o princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível *a priori* com os tipos penais da Lei de Drogas. Além disso, o poder Judiciário deve se atualizar conforme os anseios sociais, inovando em seus julgamentos, levando em consideração que os hábitos, costumes e necessidades apresentados pela população vão modificando ao longo do tempo, sendo necessário encontrar um posicionamento que atenda as demandas atuais.

3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O Direito Penal gira em torno de teorias, atualmente existem três correntes que disputam o tratamento do Direito Penal. A primeira delas, defendida pelo alemão Ralf Dahrendorf¹⁸, ficou conhecida como “Movimento de Lei e Ordem”, que tem como finalidade combater com mais rigidez a crescente criminalidade, especialmente em grandes cidades, promovendo o alargamento das hipóteses de incidência do Direito Penal.

Trata-se de uma política criminal radical, também entendida como direito penal máximo, que sustenta a criação de novos tipos penais e um maior rigor na aplicação dos já existentes, para o efetivo restabelecimento da ordem. Há a ideia de que a pena é uma retribuição, em que os crimes mais graves devem ser punidos com penas altas e privativas de liberdade, sendo certo que a prisão provisória nada mais é que uma resposta imediata às práticas delitivas de maior

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 68.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Tradução Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 78.

gravidade.

Vale destacar que, embora o Brasil não adote o movimento de lei e ordem, é certo que acabou sendo impactado com importantes alterações legislativas em razão dos reflexos causados pelo movimento, como, por exemplo, a criação da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990¹⁹), em razão da onda de sequestros ocorridos à época em São Paulo e no Rio de Janeiro.

A teoria Abolicionista, defendida por Louk Hulsman²⁰, sustenta o fim do sistema penal sob a justificativa de que pena e o próprio direito penal possuem mais efeitos negativos do que benefícios.

De acordo com Hulsman²¹, o abolicionismo sugere uma mudança relevante ao desvincular o Estado da resolução de conflitos, buscando aplicar mecanismos informais que englobam a participação ativa da vítima e do infrator. Esta perspectiva pretende satisfazer um interesse comum ao promover uma abordagem mais cooperativa das partes envolvidas na busca por soluções.

Segundo Zaffaroni²², “o abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos”.

A terceira corrente, defendida por Zaffaroni e Ferrajoli, apresenta uma posição intermediária, denominada de teoria do Direito Penal Mínimo, a qual, embora não esteja prevista no ordenamento jurídico, vem ganhando força doutrinária e jurisprudencial.

Esta teoria busca minimizar a atuação do Direito Penal na resolução dos conflitos, não só em relação a sua aplicação ao caso concreto, como também a intensidade ou o grau da resposta estatal. Há, portanto, a necessidade de uma adequação razoável entre a conduta praticada e a ofensa ao bem jurídico tutelado, de modo que o Estado se limite a criar tipos penais e a instituir penas que sejam efetivamente necessárias à proteção dos bens ou interesses jurídicos relevantes,

¹⁹BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 16 mar. 2023.

²⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Tradução Maria Lúcia Karam. V. 5. 3. ed. Rio de Janeiro: D'Plácido, 2018, p. 67.

²¹ *Ibid.*, p. 99-101.

²² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 97.

evitando os excessos na aplicação do Direito Penal.

Esse modelo tem como princípios informadores o da insignificância, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da adequação social, entre outros.

No que se refere ao princípio da insignificância, é importante entender que se trata de um princípio de justiça do Direito Penal, ou seja, há fatos em que restará evidente a necessidade de sua aplicação ao caso concreto, em razão da desproporcionalidade entre a conduta, a lesão ao bem jurídico e a correspondente pena.

A ideia defendida pelo princípio da insignificância decorre do entendimento de que o Direito Penal não deve se preocupar com condutas que causam uma lesão jurídica inexpressiva, tendo em vista que apresentam baixíssimo grau de reprovabilidade, sendo certo que a consequência prática de sua aplicação é a absolvição do sujeito, já que o princípio da insignificância vai conduzir à atipicidade do fato.

Fernando Capez 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.²³

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, sustenta que o Estado, por meio do Direito Penal, só deve interferir na vida do indivíduo quando não houver outra forma igualmente eficaz de solucionar o conflito.

Dessa forma, o princípio da intervenção mínima possui duas funções muito importantes, a primeira é servir de norte para o legislador criar e revogar os tipos penais, e a segunda é de evidenciar a natureza subsidiária do Direito Penal.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt leciona que:

[...] o princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V.1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.²⁴

Sobre o assunto, o professor Luiz Luisi ensina que:

[...] em razão do princípio da intervenção mínima, apenas é justificável a criminalização de um fato quando este constituir meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Logo, havendo outras formas de sanção que se mostrem suficientes para a tutela desse bem, a criminalização torna-se inválida e injustificável e, tão só a sanção penal seja instrumento indispensável de proteção jurídica, é que a mesma se legitima.²⁵

É de se observar que os princípios ora analisados possuem íntima relação entre si e decorrem da teoria do direito penal mínimo, servindo como fontes de legitimação do sistema penal adotado nos Estados Democráticos de Direito.

À vista disso, ao analisar os princípios norteadores da tutela penal mínima, bem como o objetivo de cada um deles, é possível verificar a existência de elementos suficientes para enfrentar a divergência jurisprudencial relacionada ao tema, apresentando uma solução compatível com o ideal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, entende-se que admitir a aplicação do princípio da insignificância nos crimes previstos nos artigos 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, significa estabelecer limites de atuação do Estado, objetivando punir as condutas humanas efetivamente relevantes, deixando outros tipos penais pouco relevantes para serem resolvidos em outras searas do direito.

Assim, tomando como exemplo o caso da mulher que foi presa e condenada em 1ª e 2ª instâncias por comercializar 1 (um) grama de *cannabis sativa* (maconha) e, ainda, considerando a subsidiariedade do Direito penal, bem como intervenção mínima do Estado em matéria penal, entende-se que tal questão poderia ser plenamente resolvida com a aplicação de uma sanção que representasse maior benefício à agente e à sociedade, como por exemplo a condenação ao pagamento de multa a ser revertida em favor de entidades que tratam de dependentes químicos.

Portanto, considera-se correta a decisão do STF, a qual o ministro relator Gilmar Mendes adotou o princípio da insignificância por considerar mínima a ofensividade da conduta perpetrada pela agente e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Além disso, reconheceu a necessidade de que a jurisprudência avance no sentido de criar parâmetros para distinguir os grandes traficantes

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. V.1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

²⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 158.

daqueles traficantes de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para sustentar o seu vício.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o trabalho apresentado objetivou analisar a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância aos artigos 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e demonstrar os efeitos do seu reconhecimento, tendo em vista o questionamento se tal preceito afasta a punição das condutas tipificadas. Pretendeu-se utilizar apontamentos doutrinários e jurisprudenciais de modo a evidenciar que o tema não é unânime e que acarreta consideráveis discussões.

Defendeu-se que os argumentos jurídicos trazidos, sobretudo aqueles que se pautaram na quantidade de droga ilícita, explicitados para justificar a aplicação do princípio da insignificância nos casos do crime do art. 28 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, servem também para afastar a punição de determinadas condutas tipificadas como tráfico de drogas, o que teria por consequência prática a redução da população carcerária por este crime.

É sabido que o sistema prisional brasileiro encontra-se falido e enfrenta graves problemas como a superlotação das celas, o domínio do sistema por facções criminosas, a insalubridade, a proliferação de epidemias, bem como o consumo e o tráfico de drogas nas unidades. Diante disso, buscou-se examinar o conceito do princípio da insignificância, explanando como tal instituto vem sendo entendido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência, ressaltando as vantagens decorrentes de sua aplicação.

Na primeira parte, abordou-se sobre a implementação de critério objetivo como parâmetro para a aferir a real lesividade da conduta e, para tanto, trouxe como exemplo legislações estrangeiras que adotam esse entendimento. Nesse sentido, pôde-se perceber que a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, embora tenha se mostrado inovadora, acompanhando as tendências mundiais mais modernas na abordagem do tema, falhou ao deixar de fixar critérios objetivos no que se refere a quantidade de droga apreendida para descaracterizar os crimes previstos nos arts. 28 e 33 da lei em comento.

Em seguida, verificou-se que princípio da insignificância, embora não esteja expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, baseia-se em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e é consequência direta de princípios do direito penal, tais como os da intervenção mínima, da ofensividade, da lesividade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, entre outros. Ou seja, trata-se de instrumento de interpretação restritiva e sua aplicação tem como resultado o afastamento da tipicidade material de condutas irrelevantes que provocam lesões irrisórias.

Dessa forma, a conclusão que se extrai é que os tipos penais em questão devem ser valorados em seu aspecto material, afastando a aplicação da norma sob o aspecto puramente formal. Por essa razão, as condutas de inegável irrelevância para a sociedade como um todo devem ser consideradas materialmente

atípicas.

Diante disso, é de se entender que o princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível com os tipos penais da Lei de Drogas, visto que a não aplicação traz mais prejuízos do que benefícios ao ordenamento. Assim, embora atualmente os juízes de direito apresentem grande resistência a respeito do tema, a tendência é que o judiciário inove em seus julgamentos aplicando de forma flexível o instituto, assim como o recente e inovador julgado do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Lei n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp. n. 1.093.488/RS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2094094>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1675709/SP*; Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/509474092>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. n. 154.840/PR*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/515975>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag Rg no HC n. 202.883/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-insignificancia.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC. n. 102.088/RS*. Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3815987>. Acesso em: 12 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 127.573/SP*; Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. n. 635.659/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 15 fev. 2023.

COLÔMBIA. *Lei n. 30/86*, modificada em 1997. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2774>. Acesso em: 15 fev. 2023.

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Informativo 328 | Protocolo 25131/2014 | Estudo SEJU / Quantidade de Droga*. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/criminal/Pagina/Informativo-328-Protocolo-251312014-Estudo-SEJU-Quantidade-de-Droga>. Acesso em: 15 fev. 2023.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário o direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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