



IV. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 NA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

72

Luana Sagradim Tiliaki¹
Wilson Euclides Guazzi Massali²

Recebido em:	08.09.2024
Aprovado em:	10.11.2024

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao crime previsto no Art. 28 da Lei 11.343/2006, que trata da posse e porte de drogas para consumo pessoal. A pesquisa analisará as posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tendo em vista que a aplicação do Princípio da Insignificância traz muitas divergências nas decisões dos Tribunais. Além disso, após uma análise detalhada dos entendimentos e das justificativas de cada Tribunal, o trabalho oferecerá uma avaliação do impacto social que pode ser causado pela aplicação do Princípio no porte de drogas para consumo pessoal, abordando o risco causado ao bem jurídico tutelado a toda coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Insignificância. Posse de drogas para consumo pessoal. Entendimento doutrinário. Entendimento jurisprudencial.

ABSTRACT: This study aims to analyze the possibility of applying the Principle of Insignificance to crime provided for in Article 28 of Law 11343/2006, which deals with the possession and carrying of drugs for personal consumption. The research will analyze the positions of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court on the subject, considering that the application of the Principle of Insignificance brings many divergences in the decisions of the Courts. Furthermore, after a detailed analysis of the understandings and justifications of each Court, the study will offer an assessment of the social impact that can be caused by the application of the Principle of Insignificance on the possession of drugs for personal consumption, addressing the risk caused to the legal asset protected to all society.

KEY-WORDS: Principle of Insignificance. Possession of drugs for personal consumption. Doctrinal understanding. Jurisprudential understanding.

¹ Bachalera do Curso de Direito da Faculdade Maringá. E-mail para contato: luanatiliaki@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado pela Escola da Magistratura de Londrina. Especialista em Direito Público, com ênfase em Processo Civil, pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professor Universitário. Promotor de Justiça no Estado do Paraná



1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará, inicialmente, um breve contexto histórico do Princípio da Insignificância, seu verdadeiro conceito e os fundamentos adotados para sua aplicabilidade no Direito Penal Brasileiro, onde tem sido motivo de muitas discussões sobre seu campo de aplicação e seus critérios norteadores, sendo estes observados sempre pelos tribunais superiores para definir a conduta como insignificante.

Para isso, o presente artigo foi dividido em seções, a primeira seção discutirá sobre a origem do Princípio da Insignificância que teve destaque em 1964 por Claus Roxin, que analisou sua tipicidade material, tal Princípio se trata de uma criação doutrinária e jurisprudencial, que não há previsão legal.

Na segunda seção, será discutido o crime do Art. 28 da Lei 11.343/2006, suas medidas despenalizadoras, elementos do tipo e objetividade jurídica, que adentra no bem jurídico tutelado que é a saúde pública.

Por fim, será analisada a aplicação do Princípio da Insignificância na posse de drogas para uso pessoal levando em conta o entendimento doutrinário e jurisprudencial do STJ e STF, que advém de algumas divergências sobre a aplicabilidade ou não do princípio, observando o impacto social a toda coletividade.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Princípio da Insignificância, com origem da obra de Claus Roxin³, é delineado como um princípio de validade ampla na determinação da ilegalidade. Este princípio

³ Roxin nasceu em Hamburgo, norte da Alemanha, em 15 de maio de 1931. Ainda bastante jovem, doutorou-se (1957) com uma tese a respeito das chamadas elementares de dever jurídico (Rechtspflichtsmerkmale) e habilitou-se (1962) isto é, tornou-se livre-docente com uma sobre a autoria e o domínio do fato. Ambos os trabalhos foram apresentados à Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo e orientados pelo Prof. Dr. Heinrich Henkel. Henkel instigou Roxin a pensar as bases de reformulação do Processo Penal alemão, mas foi a leitura de Welzel que levou Roxin a fixar como ponto central de suas reflexões o Direito Penal material.



possibilita, em muitos casos, a interpretação restritiva dos tipos penais, levando à exclusão de danos considerados de pouca importância para o bem jurídico em questão. No Brasil, essa interpretação, que reconhece o princípio como uma causa de exclusão da tipicidade penal no contexto material, é amplamente aceita (SOUZA; DE-LORENZI, 2017).

Aduz Souza e De-Lorenzi (2017), no contexto da avaliação da adequação de condutas, é fundamental distinguir entre dois aspectos: a tipicidade formal e material. A tipicidade formal consiste em confrontar a descrição de um comportamento delineado na norma penal com a conduta efetivamente realizada na situação específica. Assim, um comportamento é considerado formalmente típico quando preenche os elementos descritos no tipo penal. Por outro lado, a tipicidade material leva em conta o bem jurídico protegido pelo tipo penal, sendo necessário verificar se o ato praticado causou lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Logo, na doutrina jurídica brasileira, é estabelecido de forma consolidada que o Princípio da Insignificância incide no contexto da tipicidade material, tornando atípicas aquelas condutas que, embora formalmente correspondam ao comportamento descrito na norma penal, resultam em consequências jurídicas insignificantes, as quais não podem ser consideradas criminosas.

2.1 Contexto Histórico

A atual formulação do Princípio da Insignificância, que fora abordada por Claus Roxin, teve vestígios na obra de Franz Von Liszt, que em 1903, afirmou que a legislação de seu tempo tinha um uso excessivo da pena ao abordar sobre a hipertrofia da legislação penal, assim, com efeito, o Princípio da Insignificância já prevalecia no Direito Romano (SILVA, 2010).

Eis a formulação do Princípio da Insignificância contemporânea:

Não há como se ocultar que sua origem se encontra no antigo brocardo romanístico *minima non curat praetor*, ou de *minimis non curat praetor* ou, ainda, de *minimis praetor non curat*, como aparece mencionado em



numerosos autores que desde o século XIX o invocam e pedem sua restauração: Carrara, von Liszt, Quintiliano Saldanã, Claus Roxin, Baumann, Zaffaroni, dentro outros (SILVA, 2010).

Assim, os doutrinadores assentem que o surgimento do Princípio da Insignificância se deu pelo brocardo *minimus non curat praetor*, sendo tal expressão abrangida pelo significado do pretor, ou seja, uma pessoa importante, sendo este um entendimento doutrinário acerca do princípio no âmbito do direito penal.

Conforme Andreucci (2021), recentemente esse princípio foi aprofundado pela doutrina penal alemã no início do século XX, influenciado pelas devastadoras consequências das duas guerras mundiais que afetaram a Alemanha de forma significativa. Durante esse período a miséria que assolava grande parte da população resultou em uma proliferação de pequenos furtos, frequentemente relacionados a alimentos e itens de primeira necessidade, assim, nesse contexto que surgiu o conceito de "Bagatelldelikte", levando Claus Roxin a estabelecer os fundamentos do Princípio da Insignificância.

Foi em 1964 que o Princípio da Insignificância ganhou maior destaque com o alemão Claus Roxin, especialmente no contexto pós Segunda Guerra Mundial, no qual ocorreram "pequenos crimes" com uma certa frequência em virtude da catástrofe que o mundo estava enfrentando. Dessa forma, o doutrinador criou o Princípio da Insignificância para aliviar um pouco o sistema do direito penal, cujo princípio vem sendo aplicado até os dias atuais (ANDREUCCI, 2021).

Nesse contexto, no Brasil:

O princípio da insignificância é reconhecido desde o final da década de 1980 pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴. Ao julgar o RHC 66.869, o Ministro Relator Aldir Passarinho reconheceu a insignificância de lesão corporal ínfima (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito,

⁴ A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754031305>. Acesso em 05 de março de 2024.



impedindo a instauração da ação penal pelo delito de lesão corporal culposa (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2023).

Logo, o princípio tem sido motivo de muitas discussões sobre seu campo de aplicação e seus critérios norteadores, sendo estes observados sempre pelos tribunais superiores para definir a conduta insignificante.

2.2 Conceito

Segundo Gomes (2013), o significado central do Princípio da Insignificância consiste que não podem ser penalmente típicas as ações que não estejam justificadas e dessa forma não sejam plenamente lícitas, porém, em relação ao caso concreto, o seu grau de injusto seja considerado mínimo tornando-se insignificante tal conduta, visto que, as condutas penalmente típicas só devem ser constituídas por ações gravemente antijurídicas, não por fatos cuja sua gravidade seja meramente insignificante.

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade (GOMES, 2013).

Nesse sentido:

A locução criminalidade de bagatela, em termos doutrinários internacionais, refere-se ao conjunto de infrações que denotam escassa reprovabilidade ou ofensa a um bem jurídico de menor relevância, tendo nítida incidência nos delitos contra o patrimônio e tráfego viário. Foi exatamente esse conceito (mais amplo) que utilizamos quando escrevemos “tendências político-criminais quanto à criminalidade da bagatela” (GOMES, 2013).

Dessa forma, conforme o autor expõe, tal conceito ampliado de criminalidade de bagatela oriundo da doutrina internacional, uma vez trazido ao atual direito penal brasileiro, compreende-se como as infrações de menor potencial ofensivo, assim como, as infrações bagatelares propriamente ditas, adentrando especificamente ao Princípio da Insignificância.

No mesmo entendimento:



O Direito Penal, num ambiente jurídico fundado na dignidade da pessoa humana, em que a pena criminal não constitui instrumento de dominação política ou submissão cega ao poder estatal, mas um meio para a salvaguarda dos valores constitucionais expressos ou implícitos, não deve criminalizar comportamentos que produzam lesões insignificantes aos bens juridicamente tutelados. Donde se conclui que condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas (materialmente) atípicas (ESTEFAM; GONÇALVES, 2022).

Desse modo, é crucial conceituar o Princípio da Insignificância para delinear seu alcance e estabelecer os limites de sua aplicação, de modo a integrá-lo à legislação penal vigente no Brasil. Assim, o Princípio da Insignificância é o que viabiliza que as condutas socialmente irrelevantes não sejam processadas, contribuindo para um sistema de justiça menos sobrecarregado. Este princípio garante que penas sejam aplicadas a crimes com elevado conteúdo criminoso, promovendo assim, a valorização do direito constitucional (ZACHARYAS, 2012).

Logo, segundo o princípio, o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico (CAPEZ, 2020).

1.1 Fundamentos da Aplicabilidade do Princípio

O Princípio da Insignificância trata-se de uma criação doutrinária e jurisprudencial, em que não há previsão legal. Deste modo, a finalidade do direito penal é resguardar um interesse jurídico, ou seja, se a lesão for tão insignificante ao ponto de ser incapaz de prejudicar esse interesse protegido, não ocorrerá adequação típica. O tipo penal não abarca condutas que não possam afetar o bem jurídico tutelado, então os prejuízos mínimos ocasionados pela conduta do agente devem ser considerados eventos não enquadrados no tipo penal, sendo considerado como atípico (CAPEZ, 2020).

Nucci (2017) ressalta que existem três diretrizes a serem seguidas ao aplicar o Princípio da Insignificância. O primeiro seria a avaliação do valor do bem jurídico tutelado de



forma concreta, que leva em consideração as perspectivas do agente e sua conduta criminosa. O segundo requisito a ser considerado é que se deve observar a lesão ao bem jurídico tutelado de forma global, sendo feita a análise do bem de maneira abrangente e não de forma isolada. Por fim, deve haver atenção aos bens jurídicos imateriais de grande valor social, ou seja, ao examinar o fato criminoso, é fundamental considerar o bem jurídico dentro do contexto social.

Nesse sentido:

A aplicação do princípio da insignificância não é irrestrita. Não é suficiente que o valor do bem subtraído seja a irrelevante (furtar uma caneta da marca “Bic”, por exemplo). Os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos necessários para que se possa alegar a insignificância da conduta. São eles: (A) a mínima ofensividade da conduta do agente, (B) a ausência de periculosidade social da ação, (C) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, (D) a inexpressividade da lesão jurídica causada (CUNHA, 2015).

Dessa maneira, é imprescindível que o juiz examine cada caso para determinar a aplicabilidade ou não do Princípio da Insignificância, tendo em vista alguns pressupostos balizadores a serem observados na sua utilização.

Há de se destacar ainda que:

A jurisprudência nacional prestigia grandemente o princípio da insignificância ou bagatela, já tendo sido acolhido em inúmeras decisões de nossos tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Este, inclusive, desenvolveu quatro vetores para sua aplicação, de tal modo que a apreciação concreta da insignificância do comportamento não fique adstrita à dimensão econômica do prejuízo sofrido pela vítima, mas seja pautada por uma análise global da conduta e do agente (ESTEFAM; GOLÇALVES, 2022).

Posto isto, na aplicação do Princípio da Insignificância, é essencial considerar não apenas o dano ou ameaça ao bem jurídico tutelado, mas também o caso concreto do crime, todas as circunstâncias envolvidas na conduta do agente.

3 O CRIME DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006



A lei nº 11.3435, implementada em 2006, revogou as disposições das leis anteriores, a saber, a lei n. 10.409 de 2002 e a lei n. 6.368 de 1976. Este ato unificou as diretrizes de aplicação da lei e as penalidades em um único corpo legal, que diferencia as condutas de consumo pessoal e o tráfico de drogas. O último é tratado com maior severidade, enquanto o primeiro recebe uma abordagem mais benéfica, não apenas como uma punição, mas também como um meio de coerção e reabilitação do indivíduo, que deve analisar cada aspecto jurídico da legislação vigente (CARVALHO, 2010).

A principal finalidade da Lei 11.343/2006 é proteger a saúde pública, assim, o fundamento jurídico de punição reside no perigo social que a conduta demonstra, ou seja, a norma do Artigo 28 abrange a saúde pública como um todo e não apenas a do usuário. Isso ocorre porque a conduta do usuário afeta não só sua esfera pessoal, mas também toda a coletividade, devido ao potencial ofensivo do delito cometido (MARCÃO, 2021).

Nesse sentido a Lei 11.343/2006 aborda que:

Houve por bem conceder ao usuário de drogas, aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo substâncias entorpecentes ilícitas, para consumo pessoal (art. 28), um benefício sem precedente. Aboliu, por completo, a pena privativa de liberdade. Manteve a figura delituosa e as penas, porém todas elas dizem respeito a restrição de direitos ou pagamento de multa. Não mais vai ao cárcere o usuário (NUCCI, 2017).

Dessa forma, a posse de drogas para uso pessoal continua sendo considerada crime, embora as penalidades sejam mais leves. De fato, é importante destacar que não houve qualquer abolição do crime, ou seja, a conduta descrita no Artigo 28 da Lei 11.343/2006 continua sendo ilegal, uma vez que, o delito descrito no artigo afeta vários direitos da coletividade como um todo (NUCCI, 2017).

⁵ Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União



3.1 Medidas Despenalizadoras

No Brasil, a despenalização é amplamente defendida, sendo inclusive aceita por vários doutrinadores, inclusive defendida pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o Artigo 28 da Lei de Drogas 11.343/2006, sinaliza uma mudança significativa em relação à prática anterior de impor apenas penas privativas de liberdade aos infratores. Com base na despenalização, foram observadas outras punições alternativas do que as penas restritivas de direitos (CARVALHO, 2016).

Nesse sentido, é de suma importância destacar a legislação vigente:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (PLANALTO, Art. 28, 2006).

Por consequência segundo a Lei 11.343/2006, o consumo de drogas deixou de ser



punido com penas privativas de liberdade, uma vez que a legislação determinou que os usuários de drogas fossem submetidos a sanções menos severas, adotando algumas medidas mais brandas como advertências, prestação de serviços à comunidade e multas.

A doutrina assinala que “o Art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas a sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (Art. 28, § 3º), a pena de prisão” (CARVALHO, 2016).

Desse modo, segundo Carvalho (2016), no contexto legal, a definição de crime permanece ancorada no artigo inicial da Lei de Introdução ao Código Penal. Além disso, a Lei 11.343/2006 trouxe uma nova definição específica para o crime de posse de drogas destinadas ao consumo pessoal, bem como para delitos relacionados ao tráfico, à associação com o tráfico, ao financiamento deste e outras atividades.

No mesmo entendimento:

A Constituição de 1988, porém, como novo locus de interpretação e de legitimidade das leis, redefine o conceito de delito, prescrevendo como consequência jurídica, para além da privação e da restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI). O novo cenário constitucional amplia as hipóteses sancionatórias, não sendo cabíveis interpretações retrospectivas que potencializam leis ultrapassadas, dando-lhes maior importância que à Constituição (CARVALHO, 2016).

Dessa forma, é amplamente aceito pela doutrina assim como pelos Tribunais Superiores que o Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não foi descriminalizado, o que ocorreu foi a despenalização da conduta do agente, uma vez que a conduta continua sendo considerada crime, porém, não se aplica pena privativa de liberdade.

Outrossim, é importante ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 635659, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, é um marco importante na discussão sobre a posse de maconha para consumo pessoal no Brasil. O tribunal entendeu que a posse da substância, em quantidades que possam ser consideradas para uso pessoal, não constitui crime, mas sim uma infração administrativa. Embora a conduta permaneça ilícita, as sanções aplicáveis, como advertências ou programas educativos, não têm repercussão criminal. Essa



mudança enfatiza a proteção da intimidade e da vida privada, promovendo um tratamento mais humano aos usuários e abrindo espaço para um debate mais amplo sobre políticas de drogas no país. A decisão sinaliza um movimento em direção à descriminalização e à redução de danos, refletindo uma nova perspectiva sobre o uso de substâncias (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TEMA 506, julgado em 26/06/2024).

3.2 Elementos do Tipo

A tipicidade prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 é clara em relação à incorporação do elemento subjetivo "para consumo pessoal", que é o critério fundamental para a definição da conduta. Os demais elementos mencionados no § 2º do Artigo 28, como a natureza e quantidade da droga, o local e as condições da apreensão, bem como as circunstâncias sociais e pessoais e os antecedentes do agente, são indícios e informações que auxiliam na formação da convicção judicial sobre a natureza da ação (CARVALHO, 2016).

Nesse contexto, o autor ressalta que:

Ocorre que a introdução de dados quantitativos forneceria a possibilidade de excluir, a priori, discussão (instrução cognitiva) acerca de casos irrelevantes ou a avaliação da graduação do comércio. O estabelecimento de critérios específicos individualizados relativos à quantidade das principais drogas de consumo criaria presunção legal ou jurisprudencial sobre os limites das condutas, sem excluir os elementos relativos ao dolo e as demais circunstâncias do art. 28, § 2º, da Lei de Drogas (CARVALHO, 2016).

Dessa forma, a posse de drogas para consumo pessoal configura um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. O agente que praticar mais de uma dessas ações sobre o mesmo objeto material será responsabilizado por um único delito. Além desses elementos objetivos, é necessário também o elemento subjetivo específico, que é a intenção voltada para o consumo pessoal, sendo que, o tipo penal do Artigo 28 da Lei 11.343/2006 é formado por elementos subjetivos, objetivos e normativos (ANDREUCCI, 2021).

O crime descrito no Artigo 28 da Lei 11.343/2006 exige dolo como elemento subjetivo, não admitindo a modalidade culposa. Os elementos objetivos são os aspectos



materiais da conduta, perceptíveis mediante a análise dos fatos ocorridos. Por conseguinte, o elemento normativo é caracterizado pela frase “[...] sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” (ANDREUCCI, 2021).

Observa-se, portanto, que a consumação deste crime exige a conjunção dos três elementares: objetiva, subjetiva e normativa, uma vez que o delito descrito no Art. 28 da Lei 11.343/2006 configura-se apenas quando uma das ações descritas é realizada com o intuito de consumo pessoal pelo agente.

Há de se destacar ainda que, o tipo penal em questão se trata de uma norma penal em branco heterogênea que para efeitos da Lei de Drogas, são consideradas drogas as substâncias ou produtos que podem causar dependência, conforme especificado em lei ou listados periodicamente pelo Poder Executivo da União (ANDREUCCI, 2021).

Logo, cabe ao Ministério da Saúde publicar regularmente listas atualizadas dessas substâncias e produtos que tipifiquem a droga.

3.3 Objetividade Jurídica

A objetividade principal da lei é salvaguardar a saúde pública. A base jurídica para a imposição de penas reside na ameaça social que representa a conduta do agente. A norma estabelecida no Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 visa proteger a saúde pública e não se limita apenas ao bem-estar do usuário, já que suas ações não afetam apenas sua própria vida, mas a sociedade como um todo, devido ao potencial risco que o delito de posse de entorpecentes apresenta (MARCÃO, 2021).

Nesse sentido:

A pequena quantidade não descaracteriza o crime do Art. 28 da Lei de Drogas, cuja repressão visa preservar a saúde pública. É da essência do crime de porte de droga para consumo próprio – que é de perigo abstrato – a apreensão em poder do acusado de reduzida ou ínfima quantidade da substância proscria (MARCÃO, 2021).

O autor ressalta ainda que:



Para a configuração do crime previsto no Art. 28, caput, “basta a verificação dos fatos ali descritos; irrelevante, por isso mesmo, a circunstância de ser ínfima a quantidade apreendida com o agente, como causa desfiguradora” (JSTJ 16/202). [...] a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio (MARCÃO, 2021).

Portanto, o legislador com o intuito de combater e reduzir os crimes, decidiu criminalizar as condutas relacionadas a substâncias entorpecentes para consumo próprio, tendo em vista que, esse tipo de crime tem se tornado cada vez mais frequente e se expandido pela sociedade, causando danos significativos à comunidade como um todo (ANDREUCCI, 2021).

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL

Segundo Estefam (2024), Claus Roxin destacou a aplicação do Princípio da Insignificância no contexto penal, sugerindo que infrações menores que não causam danos significativos aos bens protegidos pelo Direito Penal devem ser consideradas irrelevantes, argumentando que a proteção integral desses bens é essencial, mas deve ser aplicada de forma subsidiária para casos em que as ofensas são de pouca importância.

Por conseguinte:

Deve-se ter presente que a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes (BITTENCOURT, 2023).

Logo, a aplicação da insignificância de uma conduta deve ser avaliada não apenas pela importância do bem jurídico afetado, mas, sobretudo, pelo grau de intensidade da ofensa, ou seja, avaliando o dano efetivamente causado.

Diversos doutrinadores do direito defendem a aplicação do Princípio da



Insignificância em diferentes situações. No entanto, a interpretação desse princípio pode mudar quando se trata do porte de drogas para consumo pessoal. Em muitos casos argumenta-se que a aplicação do Princípio da Insignificância não é apropriada, pois uma parte considerável da doutrina considera a posse de drogas para uso próprio como um crime de menor potencial ofensivo (ESTEFAM, 2024).

Neste contexto:

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 [...] (NUCCI, 2017).

Posto isto, no contexto do crime de posse de drogas para consumo pessoal, conforme estabelecido pelo Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, cujo objetivo principal é proteger a saúde pública, as duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm decidido que a aplicação do Princípio da Insignificância não é adequada. Isso se deve ao fato de que a quantidade mesmo que pequena de substância psicoativa apreendida é considerada uma característica intrínseca ao próprio crime, além de este ser classificado como um delito de perigo abstrato e presumido onde acarretam uma lesividade a saúde pública da sociedade como um todo (ESTEFAM, 2024).

4.1 Entendimento Doutrinário

A aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de porte de drogas para uso pessoal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, especialmente quando se trata de quantidades muito pequenas, é um tema amplamente debatido e controverso pelos doutrinadores (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2023).



Nesse sentido a abordagem trazida por um dos doutrinadores seria que:

A pequena quantidade de droga não constitui elemento do tipo em questão. A quantidade da droga possui importância probatória indireta no âmbito da tipicidade subjetiva, por constituir um dos elementos por meio dos quais se pode demonstrar a elementar típica “para consumo pessoal”. Mas no âmbito da tipicidade objetiva pouco importa se a quantidade de droga destinada ao uso pessoal é grande ou pequena. Ademais, “pequena” distingue-se de ínfima, irrisória, insignificante (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2023).

Os crimes de perigo abstrato exigem uma manifestação concreta ou real de perigo, caso contrário, podem se afastar completamente da proteção legal destinada ao bem jurídico. Portanto, é viável considerar situações em que a quantidade de droga é tão mínima que não representa ameaça para a saúde pública (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2023).

A esse respeito, observa-se que “fundada nesta substancial alteração provocada pela incorporação da racionalidade material na teoria do delito, tendência doutrinária e jurisprudencial passou a considerar o porte de pequena quantidade como conduta atípica.” (CARVALHO, 2014).

Segundo Carvalho (2014), apesar de a doutrina ter consolidado a aceitação do Princípio da Insignificância, com respaldo de segmentos significativos da jurisprudência, ainda se observa uma resistência à sua aplicação nos tribunais brasileiros no que diz respeito ao porte de drogas para consumo pessoal. Essa resistência é frequentemente atribuída à consideração da bem jurídico da saúde pública, à recusa de considerar a saúde individual e à ausência de uma análise sobre a importância e o potencial da droga em provocar dependência física ou psicológica.

Nesse sentido:

Não há de se confundir, portanto, com a tipicidade material: nos crimes de menor potencial ofensivo o bem jurídico é em si mesmo de menor valor; nas condutas insignificantes a conduta é de mínima relevância. Assim, é possível verificar nos crimes condutas que ofendem bem jurídico valorado como de menor relevância social. Diferentemente no caso do princípio da



insignificância, no qual a conduta sempre será ínfima na ofensa de bens de relevância social. Equivocada, portanto, a orientação doutrinária e jurisprudencial que vê na Lei 9.099/95 o esgotamento da aplicação do princípio da insignificância (CARVALHO, 2014).

Logo, o autor sustenta que há grandes debates doutrinários e jurisprudenciais na aplicação ou não do Princípio da Insignificância para consumo de drogas para uso pessoal.

A quantidade reduzida de droga não exclui a caracterização do crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, que tem como objetivo principal a proteção da saúde pública. O crime de porte para uso pessoal, que é classificado como de perigo abstrato, pressupõe a posse, ainda que em pequena quantidade, da substância ilícita pelo acusado. Contudo, a jurisprudência tem demonstrado variação em relação a esse assunto, alternando entre aceitar e rejeitar a ideia de insignificância (MARCÃO, 2021).

4.2 Entendimento Adotado Pelos Tribunais Superiores

A aplicação do Princípio da Insignificância no artigo 28 da Lei de Drogas é um tema altamente controverso entre os Tribunais Superiores.

No contexto do crime de porte de droga para consumo pessoal, conforme artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, que visa proteger a saúde pública, as duas Turmas do STJ não aplicam a teoria da bagatela. Elas argumentam que a quantidade reduzida de substância psicoativa apreendida é uma característica intrínseca ao delito, além de considerarem que se trata de um crime de perigo abstrato e presumido (ESTEFAM, 2024).

Nesse sentido:

Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se



faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006” (STJ, RHC 35.920/DF, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20-5-2014, DJe de 29-5-2014). (MARCÃO, 2021).

No mesmo entendimento:

É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente pois se tratam de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida” (STJ, AgRg no REsp 1.658.937/SP, 6ª T., rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25-4-2017, Dje de 3-5-2017) (MARCÃO, 2021).

Dessa forma, o crime em questão é considerado de perigo abstrato, e a legislação não estabelece uma quantidade mínima de drogas. Essa ausência de um limite quantitativo imediatamente exclui a aplicação do Princípio da Insignificância, segundo o Superior Tribunal de Justiça.

Embora essa corrente majoritária seja a mais comum, ela não é a única a ser considerada sobre o assunto, e é justamente nessa diferença de opiniões que surge a principal divergência. A jurisprudência tem mostrado variação quanto a essa questão, oscilando entre aceitar e rejeitar o princípio da insignificância. As decisões do STF, embora não representem um consenso definitivo na Corte, reabrem a discussão sobre a aplicação do princípio da insignificância em casos de porte para consumo pessoal. Esse debate revigora a análise sobre a natureza e a proteção do bem jurídico abordado pela Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2014).

Nesse sentido, em 2012 foi proferida uma decisão pelo STF no sentido totalmente contrário ao que vinha sendo aplicado pelos Tribunais Superiores:



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. 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. Ordem concedida” (STF, HC 110.475/SC, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 14-2-2012, DJe n. 054, de 15-3-2012) (MARCÃO, 2021).

Sendo assim, embora existam decisões exemplares que sustentam que a presença de uma quantidade mínima de substâncias ilícitas não compromete o bem jurídico protegido, a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça é de que a conduta descrita no Artigo 28 da Lei 11.343/06 deve ser considerada como de perigo presumido. Isso ocorre porque a quantidade reduzida de drogas já integra o tipo penal, afetando não apenas a saúde do usuário, mas também impactando a coletividade como um todo.

4.3 Impacto Social da Aplicação do Princípio

A noção do Princípio da Insignificância deve ser confundida com a ideia de delitos menores ou infrações de menor gravidade. Ela se refere à seriedade, abrangência ou intensidade da ofensa causada a um bem jurídico protegido pela lei, independentemente do valor atribuído a esse bem. A característica da insignificância está na desproporção entre a ofensa ou lesão ao bem jurídico e a severidade da penalidade prevista (BITTENCOURT, 2023).

Segundo Bittencourt (2023), o princípio está relacionado ao contraste entre a gravidade da ofensa cometida, que pode ser considerada mínima, e a severidade da penalidade imposta. A interpretação do princípio da insignificância não deve se basear apenas no modo



formal entre o fato e a norma legal, mas também considerar o impacto real da conduta sobre o bem jurídico protegido pela lei. Isso reforça o conceito de que o direito penal deve ser aplicado de forma fragmentada, valorizando a lesividade efetiva da infração.

Nesse sentido:

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 (SOUZA, 2010).

Logo, a aplicação do Princípio da Insignificância na posse de drogas para consumo pessoal mesmo que em pequena quantidade atinge o bem jurídico tutelado que é a saúde pública de toda coletividade.

Desse modo, é evidente a resistência do tribunal superior em adotar a doutrina da indiferença, uma vez que boa parte da jurisprudência se fundamenta no perigo presumido ou abstrato. Mesmo quando há apreensão de pequenas quantidades de substâncias ilícitas, o simples fato de portar essas substâncias para uso pessoal é suficiente para configurar o crime (CARVALHO, 2014).

Portanto, verifica-se que os tribunais brasileiros adotam essa postura com o objetivo de ressocializar os indivíduos, considerando as questões de saúde pública, saúde individual e o risco de as drogas causarem dependência química ou física. Logo o tribunal optou em aplicar medidas educativas, independentemente da quantidade de drogas apreendidas, como forma de prevenção e reintegração social dos indivíduos frente o Artigo 28 da Lei 11.343/2006 (CARVALHO, 2014).

5 CONCLUSÃO

Dessa forma a Lei de Drogas 11.343/2006 tem como objetivo primordial a proteção



da sociedade em todos os aspectos, priorizando a preservação da saúde, da segurança e da integridade pública.

Nesse contexto, o crime previsto no artigo 28 passou a ser classificado, especialmente pelo STJ, como um crime de perigo abstrato, onde o simples fato de portar drogas já representa uma ameaça ao bem jurídico tutelado que é a saúde pública.

Portanto, autores contrários à aplicação do Princípio da Insignificância argumentam que a conduta do usuário está precisamente descrita no Artigo 28 e que aplicar esse princípio a tal conduta resultaria no esvaziamento do tipo penal. Por outro lado, os autores que defendem a aplicação do princípio sustentam que é necessário analisar cada caso concreto, avaliando o potencial lesivo da conduta e sua real capacidade de comprometer a saúde pública.

Em contrapartida, embora existam decisões, como as do STF, que sustentam o entendimento de que quantidades insignificantes de drogas ilícitas não são capazes de comprometer o bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a maioria das decisões do STJ entende que a conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 configura um crime de perigo abstrato ou presumido. Isso se deve ao fato de que o porte de drogas mesmo que em pequena quantidade caracteriza claramente o tipo penal, afetando o bem jurídico tutelado, que é a saúde pública.

Desse modo, de acordo com a interpretação predominante nos tribunais superiores, o Princípio da Insignificância não se aplica ao artigo 28 da Lei 11.343/2006. Isso ocorre porque este artigo se refere a um crime de perigo presumido ou abstrato, onde a mera posse de droga é suficiente para configurar o delito, prevalecendo o posicionamento do STJ, para resguardar a saúde pública de toda coletividade.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.



CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Salo de. **Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal**: o caso do anteprojeto de Código Penal. 15 ed. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte geral**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MARCÃO, Renato. **Lei de drogas**: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11/343, de 23 de agosto de 2006 - crimes, investigação e procedimento em juízo. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10 ed. Rio de Janeiro, 2017.

PLANALTO. **Lei nº 11.343, de agosto de 2006**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder; DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Princípio da insignificância e punibilidade**. Revista Jurídica Cesumar. Mestrado, 2017.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes**: descumprimento de ordens judiciais. 2010. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/do wnload/teste/arqs/cp049102.pdf>.



STF, Supremo Tribunal Federal. **Tema 506:** tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. 2011.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Tráfico de drogas x porte para consumo.** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/trafico-de-drogas-x-porte-para-consumo>. 2020.

ZACHARYAS, Lídia Losi Daher. **Princípio da insignificância no direito penal.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 2, p. 243-262, 2012.